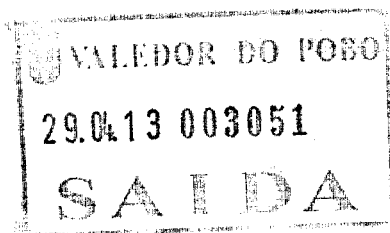


**Valedor
Pobo**



D. Francisco Rañal Loureiro
Rúa Ponferrada, nº 4-3º A
15704 - SANTIAGO DE COMPOSTELA

Expediente: D.3.Q/1967/12

Santiago de Compostela, 29 de abril de 2013

Estimado señor:

Como vostede sabe, no seu día foi recibido o seu escrito de queixa, que quedou rexistrado nesta institución co número arriba indicado, foi admitida e iniciamos as actuacións oportunas ante a Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, contra quen se dirixiu a queixa. Tras a recepción dun primeiro informe, solicitamos outro complementario á consellería, ao non dar resposta á situación plantexada na súa queixa.

O informe complementario foi remitido polo secretario xeral técnico da consellería sinalando literalmente o seguinte:

“En relación coa queixa formulada por D. Francisco Rañal Loureiro, infórmolle o seguinte:

A condición de interesado, en canto aptitude para ser parte e actuar no procedemento administrativo, está ligada á posesión de lexitimación, a cal pode atribuírse a quen a decisión que se tome no procedemento lle pode supor un beneficio ou eliminarlle un prexuízo. Esa lexitimación ou aptitude para ser interesado require un dereito subxectivo ou un interese lexítimo. O primeiro é o eido de poder concreto recoñecido polo ordenamento xurídico a un suxeito de dereito, fronte a outros suxeitos, públicos ou privados, de modo que lles poida exixir o seu cumprimento; o segundo concíbese como calquera vantaxe ou utilidade xurídica que o interesado pode obter da tramitación dun procedemento administrativo, sexa para o outorgamento dun beneficio, sexa para a evitación dun mal.

Pois ben, a reiterada e constante xurisprudencia á que facía referencia o escrito do director xeral de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa de data do 2 de xullo de 2012 sostén invariablemente o seguinte: «SEGUNDO.- Se trae a esta alzada como cuestión

principal la de la legitimación del recurrente para impugnar la decisión objeto de recurso, sobre este extremo cabe confirmar la sentencia apelada, pues como ya sostiene la letrada de la Xunta de Galicia en su escrito de oposición al recurso de apelación, es criterio de esta Sala y Sección plasmado en las sentencias de 28 de abril de 1999 (recurso 209/1996), en la de 11 de mayo de 2006 (rollo de apelación 115/2006), o en la de 13 de febrero de 2008 (rollo de apelación nº 220/2007), negar legitimación activa al profesor que acuda a esta vía jurisdiccional pretendiendo la revisión de la calificación realizada por un órgano educativo superior que acoge la reclamación de un alumno.

En efecto, razona la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 8 de octubre de 2008 recaída en el procedimiento ordinario número 882/2006, de cita expresa por la Administración demandada, que "Hemos de partir de la redacción del artículo 20.a de la jurisdicción contencioso administrativa, según el cual "No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente".

Lo que el citado precepto prohíbe es que los órganos de una entidad o Administración pública (sean unipersonales o colegiados) impugnen en vía contenciosa la actividad de la misma, lo que no significa que las personas físicas que forman parte de dichos órganos, o sean sus titulares, no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o a sus intereses legítimos. Dicho de otro modo, la excepción a la regla general de legitimación activa en la Jurisdicción Contencioso administrativa se refiere exclusivamente al supuesto en que el titular o miembro del órgano administrativo pretenda interponer recurso contencioso-administrativo como tal órgano, infringiendo el principio general que inspira la organización jerárquica de las Administraciones públicas (art. 103.1 de la Constitución).

La razón de ello es la consideración de que en el supuesto de Administraciones o entidades públicas la voluntad y la decisión administrativa es imputable a la entidad como tal, no a sus órganos, por lo que manifestada aquella voluntad a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden plantear tal discrepancia en sede contenciosa, al ser parte integrante de dicha persona o ente público. Por el contrario, esta excepción no se extiende a los integrantes del órgano administrativo, los cuales no pueden verse privados de la posibilidad de defender en vía contencioso-administrativa los derechos o intereses legítimos que su situación les confiere y cuya garantía constitucional deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución).

(...)

TERCERO.- Continúa razonando la sentencia de esta Sala y sección de 8 de octubre de 2008 que "Trasladada dicha doctrina constitucional al caso de autos, resulta claro que cuando el señor Vicente (en este caso el Sr. Amador) impugna el acuerdo de la Comisión de supervisión,

que revoca su decisión en la calificación de una materia, ni está actuando como persona física cuyos derechos e intereses aparecen enfrentados al de dicho órgano académico, ni como centro de imputación diferenciado, sino que pretende plantear en sede judicial un conflicto de interés o de punto de vista técnico dentro de un mismo sujeto público último de imputación, que tiene su propio cauce de resolución en la organización jerarquizada universitaria, como se desprende del contenido de la Orden de 17 de abril de 1997 de la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria antes mencionado. Atendiendo a la verdadera finalidad del artículo 20.a de la Jurisdicción Contencioso administrativa, que clarifican aquellas resoluciones del Tribunal Constitucional, la suscitada es precisamente la discrepancia que no se puede plantear en sede contenciosa, pues si ello se admitiese se infringiría el principio general que inspira la organización jerárquica de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE).

En definitiva, el profesor, como miembro de un órgano inferior, aunque discrepe del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no puede plantear tal discrepancia en sede contenciosa, al ser parte integrante de dicha persona o ente público. El principio de jerarquía impone que ningún funcionario pueda considerarse afectado ni perjudicado en sus derechos por resolución contraria a la suya dictada por órgano superior competente. Este principio de jerarquía se recoge en el artículo 103 de la Constitución como uno de los informadores de la actuación de la Administración, en cuanto ésta responde a un sistema organizativo de estructuración escalonada, en el que los órganos superiores dirigen y controlan a los inferiores, como se deduce de los artículos 21 y 79 de la Ley 30/1992 , teniendo facultades para anular, por vía de recurso, los actos del inferior (art. 114 Ley 30/1992), por lo que no es lógico permitir al inferior atacar las resoluciones del superior ni le es dable acudir a la vía contencioso- administrativa para impugnar el acto del superior, lo que es aplicable al caso presente en cuanto que el recurrente se encuentra en su función académica integrado en el organigrama de la Administración educativa.

Junto a lo anterior ha de mencionarse el principio que prohíbe accionar frente a actos propios, partiendo de que en el supuesto de Administraciones o Entes Públicos la voluntad y la decisión administrativa es imputable al Ente como tal y no a sus órganos, y que manifestada aquélla a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden residenciar tal discrepancia en sede contenciosa, al integrar también la misma persona o Ente público.

Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14-5-1993: "Lo primero que quizás convenga recordar es que el art. 28.4 (de la Ley Jurisdiccional de 1956), en sus dos apartados, más que negar propiamente legitimación activa a los órganos de un Ente público o a los particulares que actúan a título de agentes o mandatarios de la misma, lo que en rigor establece, siguiendo el viejo precedente del art. 7.º del Reglamento para la ejecución de la Ley de 22-6-1894 (que con ligeros retoques de redacción ha llegado hasta nuestros días),

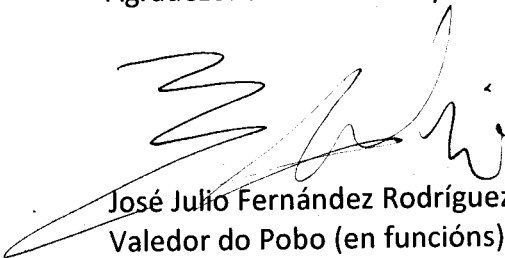
es el principio que prohíbe accionar frente a actos propios, partiendo de que en el supuesto de Administraciones o Entes Públicos la voluntad y la decisión administrativa es imputable al Ente como tal y no a sus órganos, y que manifestada aquélla a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden residenciar tal discrepancia en sede contenciosa, al integrar también la misma persona o Ente público. Tal es el significado que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha atribuido a dicho art. 28.4 .a), y de igual modo la sentencia de su antigua Sala 4.a de 11-3-1988 señala que "el citado artículo no priva de legitimación a ningún órgano de carácter público, sino que, dándola por existente, les prohíbe que la ejerciten para impugnar actos o disposiciones administrativas incardinadas en la misma materia o tema de común, aunque diferenciada, competencia jerárquica"...» (sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia núm. 1166/2010 de 20 de outubro)."

Tras reproducir esta xurisprudencia, o informe non contén ningunha outra valoración concreta sobre o seu caso.

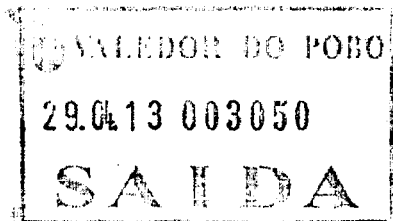
Como conclusión do sinalado no informe e por vostede mesmo, esta institución, en aplicación do disposto no artigo 32.1 da Lei 6/1984, do 5 de xuño, pola que se rexe, formulou á Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria a **recomendación e a suxestión** que se lle achegan.

Dado que no prazo dun mes a consellería citada ten que remitirnos a preceptiva resposta á resolución, en cumprimento do disposto no artigo 32.2 da Lei do Valedor do Pobo, tan pronto como recibamos a correspondente comunicación poñerémonos de novo en contacto con vostede, dándolle conta das nosas actuacións e, a ser posible, da solución do seu problema.

Agradézolle a confianza que nos demostra e saúdoo atentamente.



José Julio Fernández Rodríguez
Valedor do Pobo (en funcións)



Valedor
Pobo

Sr. Conselleiro de Cultura, Educación e Ordenación
Universitaria
Edificio Administrativo San Caetano
San Caetano s/n
15704 – SANTIAGO DE COMPOSTELA

Expedientes: D.3.Q/1967/12

Santiago de Compostela, 29 de abril de 2013

Sr. Conselleiro:

Nesta institución iniciouse expediente de queixa como consecuencia do escrito de D. Manuel Francisco Rañal Loureiro, con domicilio na Rúa Ponferrada, 4-3º A, CP 15707, en Santiago de Compostela. O recorrente en queixa é funcionario de educación e no curso 2011-2012, foi destinado ao IES Rosalía de Castro de Santiago de Compostela, no que impartiu clases como profesor de física e química, en dous grupos de primeiro de bacharelato internacional e en dous grupos (C y D) de 2º de bacharelato ordinario.

No seu escrito o interesado manifesta a súa desconformidade coa resposta dada pola Dirección Xeral de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa. Manifesta literalmente que *"al amparo de lo establecido en el artículo 35, letra a) de la Ley 30/1992, el pasado 25 de junio solicité de la Consellería de Educación que me expidiera copia de los expedientes completos de las reclamaciones a la Comisión de Supervisión.*

Dicha solicitud fue denegada a medio de resolución de fecha 2 de julio de 2012, dictada por el Director Xeral de Educación, alegando la Administración que mi relación con el procedimiento administrativo fue en calidad de funcionario y, como tal, integrante de la Administración, y, por tanto, a juicio de la Consellería de Educación no tengo la condición de interesado en relación con los documentos solicitados por mí".

En efecto, no devandito escrito da consellería afírmase que non procede acceder ao solicitado por entender que non é de aplicación o disposto no artigo 35 letra a) da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo común, entendendo que a súa relación co procedemento é na

súa calidade de funcionario e, como tal, integrante da Administración á que se dirixe. A resolución afirma literalmente: *“Dito doutro xeito, vostede non ten a condición de interesado en relación cos documentos solicitados. Na mesma liña pode citarse reiterada xurisprudencia, como o auto do Tribunal Supremo de 24 de novembro de 1997, a sentenza do Tribunal Supremo do 15 de outubro de 1988 ou a sentenza do Tribunal Supremo de 22 de maio de 2001”*.

Examinado o escrito e a resposta da Dirección Xeral, suscitaba dúbidas o criterio manifestado nesta última. En efecto, o artigo 35 non é a norma aplicable a este suposto, xa que refírese xenericamente aos dereitos dos cidadáns. Xa que logo, o artigo 31 da Lei de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común sinala que teñen a condición de interesados os que, sen haber iniciado o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que no mesmo se adopte. Neste caso, se prevé legalmente dous formas de acceso: pola espontánea intervención do afectado nos seus dereitos ou intereses lexítimos e directos ou por actos de notificación, comunicándose a ditas persoas a tramitación do procedemento (art. 34 Lei 30/1992). Nomeadamente, debe dárselles traslado do actuado cando solicitan acceder ao expediente.

Esta institución considerou, á vista dos datos con que contaba nese intre, que o profesor do IES Rosalía de Castro, que viu alteradas as cualificacións finais da materia de Física nas actas oficiais polas outorgadas pola Comisión de Supervisión, tiña un interese lexítimo e directo no procedemento. Por unha banda, porque a decisión finalmente adoptada no procedemento administrativo afectou ao seu dereito de avaliar aos seus alumnos. Ao abeiro do artigo 7.2 da Orde do 24 de xuño de 2008 pola que se desenvolve a organización e o currículo das ensinanzas de bacharelato na Comunidade Autónoma de Galicia, e se establece unha avaliación diferenciada por materias, se sinala que *“a decisión sobre a superación dos obxectivos previstos, por parte do alumnado, será competencia do profesor ou profesora de cada unha das materias”*. Ao exercitarse esta función competencial por outro órgano, o seu dereito resultou afectado pola decisión que no mesmo se adoptou.

Por outra banda, o profesor tiña dereito a coñecer os criterios de avaliación empregados pola Comisión de Supervisión por mor dos principios de transparencia, acceso á información e contradición.

Reunindo esta queixa os requisitos formais establecidos no artigo 18 da Lei 6/1984, do 5 de xuño, do Valedor do Pobo, e atopando, en principio, cobertura constitucional derivada do artigo 103 da Constitución Española, procedeu admitir a mesma a trámite. En consecuencia, promoveuse a oportuna investigación sumaria e informal, como establece o artigo 22.1 da dita lei, para o esclarecemento dos supostos en que se baseaba e para os efectos de dito precepto legal. A tal fin, solicitouse dese órgano que, no prazo de quince días, nos facilitara información sobre o problema que motivou a queixa. En particular, os motivos polos que non se aplicaba neste suposto o artigo 31 da LRJAPAC e a identidade da razón con este caso

concreto da xurisprudencia invocada, xa que non se aprecia por esta institución que as citadas resolucións xudiciais se pronuncien sobre a cuestión suscitada.

Foi recibido o informe da Secretaría xeral técnica da consellería no que se insistía na mesma argumentación: a condición de interesado, en canto aptitude para ser parte e actuar no procedemento administrativo, está ligada á posesión de lexitimación, a cal pode atribuírse a quen a decisión que se tome no procedemento lle pode supor un beneficio ou eliminarlle un prexuízo. Esa lexitimación ou aptitude para ser interesado require un dereito subxectivo ou un interese lexítimo. O primeiro é o eido de poder concreto recoñecido polo ordenamento xurídico a un suxeito de dereito, fronte a outros suxeitos, públicos ou privados, de modo que lles poida exixir o seu cumprimento; o segundo concíbese como calquera vantaxe ou utilidade xurídica que o interesado pode obter da tramitación dun procedemento administrativo, sexa para o outorgamento dun beneficio, sexa para a evitación dun mal. Segundo o informe, a reiterada e constante xurisprudencia á que facía referencia o escrito do director xeral de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa de data do 2 de xullo de 2012 confirmaba a falta de lexitimación do profesor por mor do principio de xerarquía e da prohibición de accionar contra actos propios.

Á vista do contido do informe, cómpre facer as seguintes consideracións:

1º.- O primeiro que convén aclarar é a distinción, no ámbito da xurisdición contencioso-administrativa entre a interposición dun recurso administrativo por un funcionario en calidade de titular dun órgano administrativo e a interposición dun recurso en calidade de persoa física diferenciada afectada polo acto que se impugna nos seus dereitos subxectivos e intereses lexítimos

O artigo 28.4.a) da LJCA só prohibe a interposición do recurso contencioso administrativo aos órganos dunha entidade pública fronte aos actos e disposicións desta (salvo no caso previsto na Lei de Réxime Local sobre a suspensión de acordos das Corporacións Locais), pero iso non quere dicir que os funcionarios públicos, persoas físicas titulares dos devanditos órganos, non poidan formular pretensións fronte a aqueles actos ou disposicións da entidade pública que afecten á súa situación xurídica como tales funcionarios.

Polo tanto, o criterio que serve para deslindar cando un funcionario público interpón un recurso contencioso-administrativo en calidade de titular dun órgano da Administración demandada e cando o fai a título persoal baséase na determinación de si o acto ou disposición impugnada afecta dun xeito particular á situación xurídica de tal funcionario, si foi afectado por tal acto ou disposición nos seus dereitos subxectivos ou intereses lexítimos. Sobre esta cuestión, hai abundante xurisprudencia que consideramos ocioso aportar porque basta reiterar a cita xurisprudencial incorporada ao propio informe da Consellería *"En efecto, razona la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 8 de octubre de 2008 recaída en el procedimiento ordinario número 882/2006, de cita expresa por la Administración*

demandada, que "Hemos de partir de la redacción del artículo 20.a de la jurisdicción contencioso administrativa, según el cual "No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente".

Lo que el citado precepto prohíbe es que los órganos de una entidad o Administración pública (sean unipersonales o colegiados) impugnen en vía contenciosa la actividad de la misma, lo que no significa que las personas físicas que forman parte de dichos órganos, o sean sus titulares, no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o a sus intereses legítimos. Dicho de otro modo, la excepción a la regla general de legitimación activa en la Jurisdicción Contencioso administrativa se refiere exclusivamente al supuesto en que el titular o miembro del órgano administrativo pretenda interponer recurso contencioso-administrativo como tal órgano, infringiendo el principio general que inspira la organización jerárquica de las Administraciones públicas (art. 103.1 de la Constitución).

La razón de ello es la consideración de que en el supuesto de Administraciones o entidades públicas la voluntad y la decisión administrativa es imputable a la entidad como tal, no a sus órganos, por lo que manifestada aquella voluntad a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden plantear tal discrepancia en sede contenciosa, al ser parte integrante de dicha persona o ente público. Por el contrario, esta excepción no se extiende a los integrantes del órgano administrativo, los cuales no pueden verse privados de la posibilidad de defender en vía contencioso-administrativa los derechos o intereses legítimos que su situación les confiere y cuya garantía constitucional deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución).

Ademais, hai que ter en conta, como subliña a STS de 27 de xaneiro de 1993, que a doutrina do Tribunal Constitucional sobre o axuízamento da concorrencia de lexitimación activa no sentido máis favorable ao dereito fundamental á tutela xudicial efectiva (art. 24.1 CE) comporta a interpretación restritiva das normas prohibitivas establecidas no artigo 28.4 da LICA, sempre dentro dos cánones de proporcionalidade e razoabilidade.

2º.- O seguinte que habería que dilucidar é si afecta aos dereitos subxectivos e intereses lexitimos dun profesor un acto administrativo polo que outro órgano modifica as súas cualificacións académicas. Parece evidente que non é o mesmo recorrer a decisión adoptada por un funcionario como membro dun órgano administrativo, por exemplo, na tramitación dun expediente, que substituír o criterio dun profesor en canto ao exercicio da súa función evaluadora. Aínda que esta non forme parte tecnicamente da liberdade de cátedra, tal como foi delimitada pola xurisprudencia constitucional, a configuración normativa da función docente establece que é o profesor de cada materia quen ten a competencia legal para decidir, ao término do curso, si o alumno ou a alumna superou os obxectivos da mesma, tomando como referente fundamental os criterios de avaliación (art. 12 Real Decreto

1467/2007, de 2 de novembro, polo que se establece a estrutura do bacharelato e fíxanse os seus ensinamentos mínimos).

A) En primeiro termo, o acto administrativo de revisión das cualificacións que modifique a cualificación académica emitida polo profesor da materia afecta negativamente ao prestixio profesional do citado profesor (sobre todo cando estamos ante a cualificación proveniente dun profesor, e non dun órgano colexiado) e, no devandito sentido, pode afirmarse que lle produce un prexuízo no seu prestixio, aínda que sexa reflexo e, por iso, no recoñecemento profesional que todo profesor debe posuír sobre os seus alumnos para o óptimo exercicio da función docente. Podería afirmarse, xa que logo, que afecta aos intereses lexítimos do devandito profesor e, por iso, que este está lexitimado. De forma moitísimo máis evidente neste caso, dado que tivo unha ampla repercusión nos medios de comunicación e no que se verteron toda clase de opinións e comentarios en ámbitos alleos ao centro educativo sobre a actividade docente do profesor.

B) Aínda resulta máis claro o argumento de que o acto de revisión das cualificacións académicas dun profesor levado a cabo por outro órgano administrativo non pode quedar sen posibilidade de impugnación por falta de lexitimación activa. Hai que ter en conta que este acto debe poder ser revisado naqueles supostos nos que o órgano revisor non cumpre co principio de especialidade ou competencia técnica, de modo que un acto emitido por un órgano especializado na materia podería ser revisado por un órgano que non o está, nin se apoia en informes ou ditames técnicos. Tamén cando o devandito órgano, sendo colexiado, actuou con vulneración das normas esenciais para a formación da súa vontade (p. ex., por estaren inválidamente constituído, por non reunir o quórum necesario, o que é determinante de nulidade de pleno dereito); ou naqueles outros casos nos que no órgano de revisión existen membros que incorren en motivos de abstención e recusación respecto do alumno cualificado ou respecto do profesor cualificador (p. ex., por ter relación de parentesco ou amizade íntima co alumno en cuestión). Igual sucede naqueles casos nos que o acto revisor ten incorrido nalgún dos supostos nos que o Tribunal Constitucional admite ata o control da denominada «discrecionalidade técnica», como son aqueles nos que se constate que o xuízo ou valoración incorreu en arbitrariedade, irrazonabilidade, ausencia de toda posible xustificación do criterio adoptado, desviación de poder, ou ata erro grave ou manifesto fundado en malicia ou en descoñecemento inexcusable da materia xulgada; supostos algúns deles que están interconectados e así aparecen nas sentenzas do TC que se refiren aos mesmos. Cando o acto do órgano revisor está incurso nalgún dos supostos de nulidade de pleno dereito ou nalgún dos que acabamos de citar considerados polo TC tan graves que ata levan a superar as exclusións derivadas da doutrina da «discrecionalidade técnica», o prexuízo causado ao profesor no seu prestixio profesional é totalmente ilexítimo e o seu interese na eliminación do mesmo

é plenamente lexítimo e, por iso, determinante do recoñecemento da súa lexitimación procesual activa. Neste ámbito, non se pode manter que estas situacións queden sen posibilidade de anulación, só polo feito de restrinxir o requisito da lexitimación procesual máis aló do que o fai o ordenamento de modo expreso.

C) En canto á competencia técnica, a situación denunciada no escrito de queixa é particularmente anómala. Xa apuntamos que a liberdade de cátedra, como a configurou a doutrina xurisprudencial, non implica *per se* a exclusividade na función examinadora e avaliadora. Precisamente por esta razón admítese a posibilidade de revisar as cualificacións. Pero neste caso concreto, dáse a particularidade de que o Departamento didáctico revisara xa os contidos e os criterios de avaliación e atopounos conformes; e ese mesmo exercicio de supervisión realizárono dous inspectores especialistas externos ao centro, con idéntico resultado. Por iso, non estamos tratando unha mera discrepancia técnica do profesor que cualificou inicialmente respecto do acto de revisión da súa cualificación xa que a presunción de lexitimidade e validez do acto administrativo e a marxe de apreciación que se recoñece ao profesor na súa tarefa de cualificar desprazáronse xa en dúas ocasións previas a outros órganos revisores, ambos con máis que probada especialización técnica na materia académica controvertida. Por iso, o interese lexítimo do profesor en coñecer os criterios técnicos que levaron á Comisión de Supervisión a desestimar a validez destes dous controis técnicos previos é evidente.

D) Para rematar, outro elemento que avala a lexitimación procesual do profesor para impugnar este acto administrativo de revisión é que a Orde de 22 de abril de 2010 pola que se establece o procedemento que convén seguir nas reclamacións das cualificacións outorgadas no segundo curso de bacharelato establecido na Lei Orgánica 2/2006, de 3 de maio, de educación, configura este procedemento como un control negativo. Polo tanto, a súa actividade debe tender a desvirtuar a validez e adecuación da función cualificadora efectuada polo profesor e non a substituírle sen máis, impondo uns obxectivos, contidos e criterios de avaliación e cualificación distintos. Por este motivo, non son aplicables a este caso, sen entrar na cuestión de fondo, os argumentos empregados nas sentenzas invocadas no informe remitido pola consellería sobre que ningún dos dereitos ou intereses do profesor impugnante vense afectados pola resolución recorrida, senón a súa condición como membro integrante dun órgano xa que é claro que para o profesor supón unha vantaxe ou utilidade xurídica declarar que a cualificación outorgada debe manterse porque non se acreditou nese control negativo que se tivera afastado do xuízo técnico e da marxe de apreciación que a regulación dos obxectivos, contidos e criterios de avaliación e cualificación establecidos na correspondente programación didáctica concédennlle, nin da correcta aplicación dos procedementos e instrumentos de avaliación.

Da interpretación do conxunto da xurisprudencia (e non dunhas cantas sentenzas illadas) hai que concluír que non se pode excluír en todo caso a lexitimación procesual do profesor para impugnar en vía administrativa (si o acto de revisión non a esgota) e en vía xurisdiccional o acto de revisión das súas cualificacións, que, ademais de producir indefensión en certos casos no profesor, conduce, en termos prácticos, a que poidan quedar sen control xurisdiccional posible, por falta de persoas lexitimadas procesualmente para recorrer aqueles actos de revisión nulos de pleno dereito (ditados prescindindo das normas esenciais de formación da vontade dos órganos colexiados...) ou incursos nalgúns dos graves vicios nos que o propio TC considera que é posible o control da denominada «discrecionalidade técnica»

3º.- O informe remitido pola Secretaría xeral técnica da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, aclarando a sumaria información enviada en primeiro termo polo director xeral de Educación, Formación Profesional e Innovación Educativa céntrase na lexitimación do recorrente para impugnar a decisión obxecto de recurso, invocando o criterio do TSX de Galicia plasmado en varias sentenzas no sentido de negar lexitimación activa ao profesor que acuda á vía contencioso-administrativa pretendendo a revisión da cualificación realizada por un órgano superior da Administración educativa que acolle a reclamación dun alumno. Toma como punto de partida a redacción do artigo 20.a de a xurisdicción contencioso-administrativa, segundo o cal non poden interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a actividade dunha Administración pública, entre outros, os órganos da mesma e os membros dos seus órganos colexiados, salvo que unha lei autoríceo expresamente.

Non é este o propósito que se desprende da solicitude do recorrente en queixa (o de impugnar en vía xurisdiccional os criterios da Comisión de Supervisión) senón acceder aos expedientes coa finalidade de coñecer os criterios técnicos empregados para revisar e corrixir as súas cualificacións. E esta é unha pretensión non só lexitima senón completamente razoable que en nada afecta a dereitos de terceiros e que ten unha finalidade racional e proporcionada. O acceso aos expedientes da Comisión de Supervisión non se pretende para impugnar en vía xurisdiccional as revisións senón co obxecto de verificar cal é, a criterio desa Comisión, a correcta aplicación dos criterios xerais de avaliación e/ou específicos de corrección, así como a comprobación de que non existiron erros materiais no proceso de cálculo da cualificación outorgada. O coñecemento dos criterios de cualificación empregados pola Comisión é decisivo para poder evitar en adiante erros ou inadecuacións nas probas, nos procedementos e instrumentos de avaliación aplicados, ou a incorrecta aplicación dos criterios de avaliación e cualificación establecidos na programación didáctica. E isto por varias razóns:

A) A Orde de 22 de abril de 2010 pola que se establece o procedemento que convén seguir nas reclamacións das cualificacións outorgadas no segundo curso de bacharelato

establecido na Lei Orgánica 2/2006, de 3 de maio, de educación, nada di sobre as condicións para acceder aos expedientes unha vez concluído o proceso de revisión das cualificacións finais obtidas nunha materia. En aplicación das boas prácticas administrativas e da transparencia na actuación pública, hai que recoñecer o dereito dos cidadáns a coñecer como se toman ou se tomaron as decisións que lles afectan. Así se expresa no artigo 4 e concordantes de Lei 4/2006, de 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega. A negativa a dar acceso aos expedientes de revisión ao profesor carece de apoio normativo, xa que a devandita orde reguladora do procedemento non se refire en ningún momento ao curso que haberá de darse aos documentos que obren nos expedientes, non cabe invocar ningún dos supostos legais de acceso prohibido ou restrinxido nin a protección de datos de carácter persoal e tal negativa é contraria á transparencia, o dereito á información e as boas prácticas na actuación administrativa. Non existindo ningunha especialidade por razón da materia, aplícanse os preceptos da Lei de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo común que regulan o acceso a arquivos, rexistros e expedientes.

B) No apartado terceiro da Orde citada establécese que a Subdirección Xeral de Inspección, Avaliación e Calidade do Sistema Educativo constituirá unha comisión de supervisión, presidida pola *subdirectora* xeral de Inspección, Avaliación e Calidade do Sistema Educativo (*sic*) e constituída por un inspector ou inspectora e unha persoa funcionaria da Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, membro dos grupos de traballo na proba de acceso á universidade dos alumnos de bacharelato previstos na Lei Orgánica 2/2006, de 3 de maio, de educación. Esta comisión estará asistida por unha subcomisión técnica, formada por un/unha inspector/a de Educación e un/unha profesor/a, preferentemente membro dos grupos de traballo das diferentes materias obxecto de exame na proba de acceso á universidade, afectadas polas reclamacións presentadas. No caso de reclamación a materias optativas que non son obxecto de exame na proba de acceso á universidade, convocarase a dúas persoas especialistas na materia en cuestión, para que emitan os correspondentes informes. O coñecemento, por parte do profesor, dos criterios aplicados pola subcomisión técnica de especialistas na materia obxecto de exame cuxo concurso é preceptivo no proceso de revisión (“a comisión *estará asistida* por unha subcomisión técnica”, di literalmente a Orde de 2010) ten unha importancia decisiva por canto nesta subcomisión radica a denominada discrecionalidade técnica da Administración. Iso supón que tratándose de cuestións que se avalían aplicando criterios estritamente técnicos, ningún outro órgano administrativo nin tampouco os Tribunais de xustiza poden corrixilos aplicando criterios xurídicos. Non se quere dicir con iso, con todo, que o resultado destas valoracións non poida ser obxecto de análise por parte dos Tribunais senón que esta análise debe quedar limitado de forma exclusiva aos aspectos formais da valoración, tales como as normas de competencia ou de procedemento, a que na valoración non

se aplicaron criterios de arbitrariedade ou discriminatorios ou que finalmente non se teña incorrido nun erro material ao efectuala. Fóra destes aspectos, o Tribunal debe respectar os resultados da devandita valoración.

C) Finalmente, hai que insistir en que a Comisión de Supervisión non pode subrogarse no lugar do profesor para exercer a función cualificadora respecto dos seus alumnos senón que realiza un control de legalidade negativo e só cabería modificar as súas cualificacións (que son o resultado dun proceso de avaliación continua no que se ponderan aspectos como a actitude na clase, o esforzo de superación das dificultades, a calidade dos traballos que deban entregarse ao longo do curso, as preguntas en clase e, naturalmente, as probas e exames) de maneira que só poderían ser modificadas as cualificacións cando, en estrita aplicación de criterios técnicos, se comprobase a inadecuación da proba aos obxectivos, contidos e criterios de avaliación e cualificación establecidos na correspondente programación didáctica; a inadecuación dos procedementos e instrumentos de avaliación aplicados aos establecidos na programación didáctica; e/ou a incorrecta aplicación dos criterios de avaliación e cualificación establecidos na programación didáctica. O coñecemento por parte do profesor destas eventuais desviacións é relevante para evitalas no futuro, ao ser o parámetro de control a correspondente programación didáctica, un elemento plenamente obxectivo. Deste xeito, o coñecemento dos criterios aplicados polo órgano revisor evitaría un recurso sistemático á Comisión de Supervisión por parte do alumnado do profesor.

En relación con todo o anterior, detéctase no procedemento administrativo regulado na Orde de 22 de abril de 2010 pola que se establece o procedemento que convén seguir nas reclamacións das cualificacións outorgadas no segundo curso de bacharelato establecido na Lei Orgánica 2/2006, de 3 de maio, de educación, un baleiro normativo que, a criterio desta institución, debe ser colmado mediante unha regulación equilibrada dos lexítimos intereses das partes implicadas. Desde o punto de vista legal, a intervención de instancias revisoras distintas do profesor é unha garantía do dereito dos alumnos a que a súa dedicación, esforzo e rendemento sexan valorados e recoñecidos con obxectividade. Teñen aberta a vía administrativa e ata a contenciosa. Desde o punto de vista dos profesores afectados, debe regularse o dereito de acceso aos expedientes non só polo xenérico prexuízo ao seu prestixio profesional que incide no óptimo exercicio da función docente ao ver as súas cualificacións modificadas, senón por unha razón estritamente xurídica que é evitar a súa indefensión, como xa se argumentou. Cómpre subliñar o feito de que mesmo nos supostos de revisión dun acto administrativo por outro órgano superior, o funcionario ou órgano inferior que ve revisada a súa decisión chega a ter un coñecemento preciso da actuación do órgano revisor e da motivación empregada para cambiar a decisión.

Por todo o anterior, considérase necesario, en aplicación do disposto no artigo 32.1 da Lei 6/1984, de 5 de xuño, do Valedor do Pobo, facer chegar a esa consellería a seguinte **recomendación**:

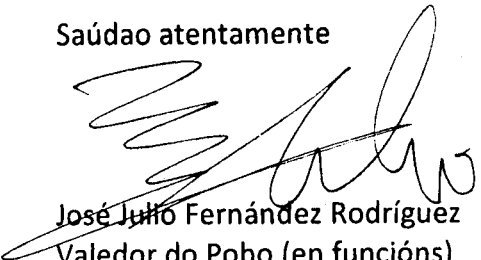
-Que se de acceso aos expedientes de revisión da Comisión de Supervisión ao profesor do IES Rosalía de Castro que viu alteradas as cualificacións finais da materia de Física de 2º de Bacharelato do curso 2011-2012 nas actas oficiais por aquelas outras outorgadas pola Comisión de Supervisión tras as reclamacións presentadas, tendo en conta que a normativa reguladora do procedemento nada di sobre este punto, que cómpre recoñecerlle un interese lexítimo e que os principios de transparencia e boas prácticas na actuación administrativa promoven xustamente o dereito dos cidadáns a coñecer como se toman ou se tomaron as decisións que lles afectan. Nomeadamente, ao tratarse da modificación dos criterios empregados na emisión de cualificacións, que teñen un carácter técnico e esixen tamén que a súa revisión se realice desde principios de especialización e competencia técnica que deben ser coñecidos.

E a seguinte **suxestión**:

Que se prevea na normativa pola que se establece o procedemento que convén seguir nas reclamacións das cualificacións outorgadas no segundo curso de bacharelato establecido na Lei Orgánica 2/2006, de 3 de maio, de educación, o acceso por parte do profesorado afectado aos expedientes co fin de evitaren a súa indefensión. Doutro modo, o acto de revisión das cualificacións académicas dun profesor levado a cabo por outro órgano administrativo podería quedar sen posibilidade de impugnación para o profesor por falta de lexitimación activa mesmo naqueles supostos nos que o órgano revisor non cumpre co principio de especialización que garante a discrecionalidade técnica, ou o devandito órgano actúa con vulneración das normas esenciais para a formación da vontade ou nos casos nos que o Tribunal Constitucional admite o control da discrecionalidade técnica por vicios como a arbitrariedade, a irrazonabilidade, a desviación de poder, ou erro grave ou manifesto.

Agradézolle de antemán a acollida ao manifestado nesta resolución do Valedor do Pobo, e recórdolle a necesidade de que no prazo dun mes dea conta a esta institución da aceptación da recomendación formulada, no seu caso, e das medidas adoptadas para darlle efectividade, tamén se é o caso.

Saúdao atentamente



José Julio Fernández Rodríguez
Valedor do Pobo (en funcións)