

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Recurso ordinario (Ley 1998) 316/2012 FASE : BE P.S.

Parte actora: MIGUEL ANGEL C. M.

Representante de la parte actora: JORGE BELSA COLINA

Parte demandada: DEPARTAMENT D'ENSENYAMENT

Representante de la parte demandada: LLETRAT DE LA GENERALITAT

AUTO

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Joaquin Ortiz Blasco

Magistrados:

D. Alberto Andrés Pereira

D. Juan Fernando Horcajada Moya

D. Eduardo Paricio Rallo

En Barcelona, a 3 de enero de 2013.

Dada cuenta: el anterior testimonio del escrito de alegaciones presentado por el Advocat de la Generalitat, únase y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso se impugna la Resolución de la Consellera d'Ensenyament, de fecha 20 de septiembre de 2012, que desestima pretensiones relativas al régimen lingüístico de la enseñanza no universitaria contenidas en una solicitud formulada por la actora en relación a su hija menor de edad, que cursa 3º de Educación Infantil en el centro Escola Enric Grau i Fontserè en el año escolar 2011/2012.

SEGUNDO.- Por otrosí del escrito de interposición solicita que se adopte una medida cautelar consistente en ordenar a la Conselleria d'Educació "que adopte las medidas necesarias para que su hijo reciba, juntamente con sus compañeros, una enseñanza bilingüe, esto es, una enseñanza conjunta en las dos lenguas oficiales, de forma proporcionada y sin desequilibrios entre

ellas".

La representación Letrada de la Generalitat se opone a esta pretensión cautelar.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Paricio Rallo, Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente caso no se puede ignorar la fuerza del "fumus boni iuris" a la hora de resolver sobre la pretensión cautelar de la parte recurrente.

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006 dice: "(...) en lo que se refiere al fumus boni iuris, conviene hacer referencia a la doctrina de esta Sala, según la cual la apariencia de buen derecho, al margen de que sólo pueda ser un factor importante, como han indicado los Autos de esta Sala de 19 de mayo (RJ 1998, 5774) y 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9735) y la sentencia de 10 de julio de 1998 (RJ 1998, 8877), para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concorra la existencia de daños o perjuicios acreditados, por quien solicita la suspensión, exige, según reiterada jurisprudencia, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito".

En la de 22 de octubre de 2008 se afirma que "(...) sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar".

Y ya en la más lejana de 20 de mayo de 1999, analizando el "modus operandi" del Juzgador cuando se solicita una tutela cautelar, se decía: "(...) Determinará, por lo pronto, si "ictu oculi", es decir, a simple golpe de vista, "prima facie", esto es: en una primera aproximación al problema de fondo, y sin prejuzgar la solución definitiva que en su día deba dictarse, es razonable presumir que asiste la razón en cuanto al fondo a quien solicita la cautela

("fumus boni iuris"), y que, en consecuencia, el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta dictar la sentencia -relativamente fácil de calcular conociendo el número de asuntos pendientes y que por orden cronológico tienen que ser despachados antes-, puede traducirse en un daño para el que, por llevar razón presumiblemente acabará obteniéndola ("periculum in mora").

SEGUNDO.- Pues bien, el supuesto que aquí se enjuicia reviste indudablemente la apariencia de buen derecho, en la medida limitada que cabe reconocer en esta fase cautelar y sin adelantar el fallo que en definitiva se pronuncie.

Esta Sala ha acordado en incidentes de ejecución medidas similares a las que aquí se solicitan (recursos nº 412/2005, 487/2006, 426/2007) que conocen sobradamente las partes (la representación procesal de la parte aquí actora y su letrado son los mismos que en esos recursos).

Por otro lado, esta misma Sala y Sección, en dos sentencias del pasado 29 de mayo ha estimado sendos recursos contenciosos anulando resoluciones enteramente análogas a la presente, interpuestos por la misma representación procesal y con idéntica asistencia letrada, en que después de analizar la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9, 13 y 16 de diciembre de 2010, y de 10 y 19 de mayo de 2011, concluía que la estimación del recurso que examinaba "aboca a declarar, según la doctrina de las citadas sentencias del Tribunal Supremo, el derecho del recurrente (siempre en relación a su hijo en edad escolar y en el ámbito concreto que le afecta, el del centro educativo en que está matriculado) a que el castellano se utilice como lengua vehicular en el sistema educativo en la proporción que proceda dado el estado de normalización lingüística alcanzado por la sociedad catalana. La determinación de esa proporción y su puesta en práctica corresponde acordarla a la Generalidad de Cataluña, como señala el propio Tribunal, atendiendo a la realidad sociolingüística del centro, como dispone el art. 14.2.d) de la Ley de Educación de Cataluña".; para terminar declarando en su fallo "el derecho del recurrente a que, en relación a su hijo escolar menor de edad, el castellano se utilice también como lengua vehicular, debiendo la Administración demandada adoptar cuantas medidas sean precisas para adaptar el sistema de enseñanza que afecte al niño a la nueva situación creada por la declaración de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, que considera también al castellano como lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña junto con el catalán".

TERCERO.- Por lo demás, la ejecución del acto impugnado podría hacer perder su finalidad legítima al recurso ("periculum in mora"), ponderados todos los intereses en conflicto. Esa ejecutividad impediría el ejercicio de un derecho de la parte recurrente que reiteradas sentencias lo confirman, al menos durante un espacio de tiempo suficiente, teniendo en cuenta que se trata de un derecho de especial protección.

Es por ello que, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 129 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, procede adoptar la medida cautelar solicitada en los términos que a continuación se indican.

CUARTO.- No ha lugar a realizar expreso pronunciamiento sobre las costas, de acuerdo con lo previsto en la Ley Jurisdiccional.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA:

Requerir a la Conselleria d'Ensenyament para que adopte cuantas medidas sean precisas para adaptar el sistema de enseñanza lingüística, en cuanto afecte a la hija del recurrente, a la nueva situación creada por la declaración de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, que considera también al castellano como lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña junto con el catalán. Sin expresa declaración sobre las costas

Contra esta resolución cabe interponer **recurso de reposición** ante este Tribunal, en el plazo de **CINCO días** a contar desde el siguiente a su notificación expresando la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieren los requisitos establecidos, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de reposición, deberá constituirse un depósito de **25 euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en el BANESTO, Cuenta expediente nº **0940-0000-85-0316-12**. debiendo indicar en el campo concepto, la indicación "recurso" seguida del Código: 20 "Contencioso-reposición". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el importe se remitirá a la Cuenta número: **0030-1846-42-0005001274**, indicando en el "concepto" el nº de cuenta del expediente referido (16 dígitos). Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal, de todo lo cual yo la Secretaria doy fe.

E/.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. ALBERTO ANDRÉS PEREIRA AL AUTO DICTADO EN LA PRESENTE PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES

Con el respeto que siempre me merece la opinión de mis colegas, debo expresar mi discrepancia con la decisión adoptada en este caso, en base a las siguientes razones:

1.- El artículo 130 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción dispone que las medidas cautelares podrán adoptarse *únicamente* cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnados pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Este requisito legal no concurre en el presente caso, puesto que no se aprecia obstáculo alguno que impida llevar a efecto en todos sus extremos una hipotética sentencia estimatoria del recurso. No resulta necesario, por ello, asegurar la eficacia de dicha futura resolución por medio de la medida cautelar que se ha otorgado.

De hecho, el auto del que se discrepa no supone otra cosa que un adelanto de la resolución de fondo, lo cual resulta contrario a una reiterada jurisprudencia, que ha establecido la improcedencia de obtener en vía cautelar lo que es propio de la sentencia definitiva que ponga término al recurso. No cabe olvidar que se impugna en este proceso un acto de carácter negativo, lo que refuerza la consideración precedente.

2.- Como se desprende de los artículos 129 y 130 de la Ley Jurisdiccional, el elemento fundamental que debe concurrir para la adopción de una medida cautelar no es otro que el *periculum in mora*. Sin embargo, no consta debidamente acreditada en este caso la producción de perjuicios irreparables. El auto los centra en el hecho de que se impide el ejercicio de un derecho confirmado por reiteradas sentencias, durante un espacio de tiempo suficiente, con lo que en definitiva viene a identificarse este requisito con el de la apariencia de buen derecho, que es un elemento distinto de la justicia cautelar y debe ser objeto de examen separado. En consecuencia, la falta de acreditación de tales perjuicios irreparables debería conducir a la denegación de la medida cautelar.

Además, no cabe desde luego considerar como un perjuicio difícilmente reparable la impartición de la enseñanza conforme al sistema que han seguido todos los alumnos de Cataluña durante cerca de veinte años.

3.- Por lo que respecta a la apariencia de buen derecho, tampoco resulta indiscutible su concurrencia en este supuesto. A este respecto, ha de partirse del contenido de la solicitud formulada por la parte actora, la cual interesa

"una enseñanza bilingüe, esto es, una enseñanza conjunta en las dos lenguas oficiales, de forma proporcionada y sin desequilibrio entre ellas". No puede dejar de señalarse que este enunciado incurre en una cierta indefinición, ya que no se precisa el alcance que la parte actora atribuye a esta petición. Ahora bien, la referencia al "desequilibrio entre ellas" parece indicar que la parte recurrente solicita que ambas lenguas cooficiales se utilicen como lengua vehicular en idéntica proporción. Siendo ello así, debe considerarse que esta pretensión no resulta ajustada en los términos que se formula al contenido de la legislación y de la jurisprudencia aplicables en este caso. No son de este tenor las previsiones de la Ley de Educación de Cataluña y, en cuanto se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 31/2010, la misma declaró que resulta legítimo que el catalán sea el centro de gravedad del sistema, en atención a las finalidades de normalización lingüística que se pretende alcanzar. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 y concordantes defieren a la Administración educativa la determinación del porcentaje en que ambas lenguas cooficiales deban utilizarse como vehiculares, por lo que no resulta legalmente exigible una equiparación absoluta como la que parece solicitar la actora.

Desde esta perspectiva, entiendo que no cabía basar únicamente la adopción de la medida cautelar en la existencia de una apariencia de buen derecho, como hace la resolución de la que se discrepa, puesto que aquélla no resulta evidente ni mucho menos. El auto, como reflejo de la existencia de este problema, viene a acordar una medida cautelar que modifica lo solicitado por la parte actora, lo que plantea también problemas de congruencia.

4.- Las medidas cautelares tienen, por su propia naturaleza, un carácter perentorio, puesto que responden a razones de urgencia y son inmediatamente ejecutivas, a fin de dar cumplida respuesta a las necesidades que las motivan. En el presente caso, por el contrario, la medida que se ha adoptado no presenta estas características, puesto que no puede llevarse a efecto por sí misma, sino que, bien al contrario, dará lugar a un complejo proceso de ejecución, en el que deberá insertarse un pronunciamiento declarativo por parte de la Administración educativa. Este hecho pone también en evidencia que el auto va más allá del contenido propio de una medida cautelar y comporta, como se ha dicho antes desde otro punto de vista, una suerte de ejecución anticipada de una hipotética sentencia estimatoria. Es por ello que, en mi opinión, no era procedente en este momento procesal la adopción de la medida solicitada por la parte actora.

En la Ciudad de Barcelona, a 3 de enero de 2013.

E/.