ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RECURSO CASACION Num.: 1460/2013

Votación: 14/01/2014

Ponente Excma. Sra. Dª.: María del Pilar Teso Gamella

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

22-1-14

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: CUARTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ricardo Enríquez Sancho

Magistrados:

D. Segundo Menéndez Pérez
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
Dª. María del Pilar Teso Gamella
D. Ramón Trillo Torres

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 1460/2013 interpuesto por el Abogado de la Generalitat de Cataluña, en la representación que legalmente ostenta, contra el Auto de 9 de enero de 2013, recaído en la pieza de medidas cautelares y contra el posterior Auto de 6 de marzo

siguiente, que desestima el recurso de reposición, dictados ambos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso administrativo nº 372/2012, sobre enseñanza lingüística.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la Procuradora de los Tribunales Dña. Fabiola Simón Bullido, en nombre y representación de D. A

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo número 372/2012, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó Auto de 9 de enero de 2013, que acordó lo siguiente:

> *<<Requerir a la Conselleria d'Ensenyament para que adopte cuantas medidas sean precisas para adaptar el sistema de enseñanza lingüística, en cuanto afecte a los hijos 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 la indicada resolución se interpuso, por ambas partes, recurso de reposición, que resultó desestimado mediante Auto de 6 de marzo de 2013.

SEGUNDO.- Preparado recurso de casación ante la Sala de instancia, e interpuesto ante esta Sala Tercera, se solicita en el mismo que se casen los autos recurridos y se declare no haber lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada por la recurrente.

TERCERO.- La parte recurrida se opone al recurso de casación interpuesto y suplica en su escrito a la Sala que se desestime el recurso, y se confirmen en todos sus extremos los autos impugnados, con imposición de las costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 14 de enero de 2014, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excma. Sra. Dª. **MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto de 9 de enero de 2013, ahora impugnado, acordó requerir a la Generalitat para que adoptara las medidas necesarias para adaptar el sistema de enseñanza lingüística, respecto de los hijos del recurrente en el recurso contencioso administrativo y ahora recurrido, a la situación creada por la STC 31/2010, que considera que el castellano también es, además del catalán, lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña.

El auto recurrido tras exponer, en el primero de sus "razonamientos jurídicos" (según establece el artículo 248.2 de la LOPJ), que no fundamentos, la doctrina sobre el "*fumus boni iuris*", apariencia de buen derecho, declara, en el razonamiento segundo, que *<<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 legua 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 sociolingüistica 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">>.

Y añade, en el auto denegatorio de la reposición, que *<<No cabe acoger ninguno de estos recursos de reposición. El formulado por la parte actora entiende equivocadamente, tal vez por la redacción de la parte dispositiva del auto, que las medidas acordadas sobre la necesaria adaptación del sistema de enseñanza lingüística a la consideración del castellano también como lengua vehicular, supone simplemente la atención individualizada del alumno en esta lengua. Ello no es así. El sistema ha de adaptarse a toda clase (o unidad escolar) de la que forma parte ese alumno. Lo acordado afecta al alumno juntamente con sus compañeros. De otro modo, como bien aduce, o tendrían que ser separados los hijos de la parte actora en edad escolar en una clase aparte, o permanecerían en la misma con una atención individualizada, fórmula que si bien admitida por esta Sala en la sentencia de 25 de mayo de 2009, que cita la representación letrada de la Generalitat en su escrito de oposición, ha sido rechazada específicamente por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012 >>.*

SEGUNDO.- El recurso de casación se sustenta sobre cuatro motivos. El primero invocado por el cauce procesal que establece el artículo 88.1.c) de la LJCA, y los demás por el previsto en el apartado d) del mismo precepto legal.

El primer motivo alega la incongruencia de la sentencia, con infracción de los artículos 33.1 de la LJCA, 218.1 de la LEC y 24 de la CE.

El segundo reprocha a la sentencia la lesión del artículo 728.2 de la LEC porque "*no existe ninguna apariencia de buen derecho (...) en la pretensión de la recurrente*".

El tercero denuncia la vulneración de los artículos 129.1 y 130.1 de la LJCA porque no se ha acreditado la concurrencia del "*periculum in mora*".

El cuarto motivo aduce la contravención del artículo 130 de la LJCA y de la jurisprudencia, que han declarado que no puede obtenerse por vía de medidas cautelares lo que es propio de la sentencia.

Por su parte, la recurrida se opone a la casación porque considera que entre lo acordado por el auto recurrido y lo solicitado por la entonces recurrente resulta plenamente congruente. De modo que la sentencia no incurre en la incongruencia denunciada. Igualmente considera que la resolución judicial impugnada no infringe ninguna de las normas que vertebran el recurso de casación, porque no se vulnera la doctrina de la apariencia de buen derecho, ni el "periculum in mora", ni, en fin, se excede del contenido propio de una resolución dictada en la pieza de medidas cautelares.

TERCERO.- El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia que se aduce en el primer motivo no puede prosperar por las razones que seguidamente se expresan.

En primer lugar si hacemos una elemental comparación entre lo solicitado por la recurrente en la instancia en la pieza separada de medidas cautelares, y lo acordado por el auto recurrido, llegamos a la conclusión de que no se han traspasado los límites que la congruencia impone a las resoluciones judiciales. Así es, la parte recurrente en el recurso contencioso administrativo solicitó, como medida cautelar, que "*que este Tribunal orden hasta su cumplimiento a la Conselleria (...) que adopte las medidas necesarias para que su hijo reciba, juntamente con sus compañeros, una enseñanza bilingüe, esto es, una enseñanza conjunta de las dos lenguas oficiales, de forma proporcionada y sin desequilibrios entre ellas*". Y la parte dispositiva del auto impugnado acuerda "*requerir a la Conselleria (...) para que adopte cuantas medidas sean precisas para adaptar el sistema de enseñanza lingüística, en cuanto afecte a los hijos del recurrente, a la nueva situación creada por la declaración de la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, que considera también el castellano como lengua vehicular de la enseñanza en Cataluña junto con el catalán*".

Como se aprecia, la Sala de instancia no ha acordado algo distinto de lo solicitado por la recurrente. Lo que se ha concedido, en todo caso, es algo menos de lo solicitado por la recurrente, en la medida en que el auto recurrido no se refiere a la proporción y el equilibrio entre las dos lenguas. Esta fue la razón, precisamente, por la que la parte recurrente en la instancia también interpuso recurso de reposición contra el auto que acuerda la medida cautelar citada, al considerar que se había concedido menos de lo solicitado. Si bien,

luego, la recurrente en la instancia no interpuso recurso de casación contra dicha medida cautelar.

En definitiva, el auto impugnado no incurre en la incongruencia "*extra petita partium*" (incongruencia fuera o al margen de las peticiones de las partes), por conceder algo distinto a lo solicitado por la parte.

CUARTO.- Los tres motivos de casación interpuestos al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA tampoco pueden ser acogidos, porque la resolución recurrida no incurre en las infracción normativas --artículos 728.2 de la LEC y 129 y 130 de la LJCA-- que se denuncian en esta casación. La resolución recurrida, como seguidamente veremos, ni vulnera la doctrina sobre la apariencia de buen derecho, ni resulta contraria al "periculum in mota", ni su contenido resulta inadecuado para una resolución adoptada en la pieza de medidas cautelares.

Viene al caso recordar que las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo. Se trata de evitar que durante el tiempo que transcurre desde el inicio del proceso, hasta que recae sentencia definitiva, se pueda producir la pérdida de su finalidad.

Dicho en términos legales, las medidas pretenden "*asegurar la efectividad de la sentencia*" (artículo 129 de la LJCA). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el "*periculum in mora*", se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que "*la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*". La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda sea cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

Este tipo de situaciones efectivamente se pueden producir por la demora en la aplicación del sistema que alumbra la jurisprudencia de esta Sala Tercera, tras la STC 31/2010, de 28 de junio, esencialmente en el fundamento jurídico décimo cuarto, sobre la interpretación de la "*lengua normalmente*

utilizada como vehicular y de aprendizaje en la enseñanza" (STC citada FJ 14). Teniendo en cuenta que el paso del tiempo, y el retraso en su aplicación, curso tras curso, genera a los alumnos un perjuicio que puede ser irreparable a los efectos pretendidos en el recurso. Sobre todo, cuando se sabe, al tiempo de resolverse el incidente cautelar, y atendidos los abundantes precedentes judiciales de esta Sala, cuál será el sentido y contenido de la sentencia que ponga fin al proceso. Nos referimos a las Sentencias de fecha 9 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 793/2009), 13 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 796/2009), 16 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 1839/2009), 10 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 1602/2009), 19 de mayo de 2011 (recurso de casación nº 395/2010) 12 de junio de 2012 (recurso de casación nº 5825/2011), 26 de febrero de 2013 (recurso de casación nº2825/2012), 24 de septiembre de 2013 (recursos de casación nº 2895/2012 y nº 3011/2012) y 19 de noviembre de 2013 (recurso de casación nº 3077/2012).

QUINTO.- Precisamente los precedentes judiciales que acabamos de relacionar ponen de manifiesto que la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho no puede ser tildada de errónea o injustificada.

La necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio, que resume la doctrina del "*fumus boni iuris*", y que se enuncia desde la conocida Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, que asume este Tribunal Supremo, desde el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 1990, tiene cabal aplicación en este caso, en el que se acude al proceso para que se reitere lo que ya han acordado los tribunales en asuntos idénticos anteriores. Es decir, para que se aplique al caso concreto una jurisprudencia ya consolidada y uniforme nacida para casos iguales al examinado.

Y si bien es cierto que la LJCA no hace expresa referencia al criterio del "*fumus bonis iuris*", sin embargo la jurisprudencia ha limitado su aplicación, al amparo del artículo 728 de la LEC, supletoria en esta jurisdicción ex disposición final primera de la LJCA, a los supuesto más evidentes como la nulidad plena declarada por sentencia anterior, o como la existencia de un criterio uniforme y reiterado al respecto. Tal como venimos declarando que sucede en el caso examinado.

Precisamente esa reiteración de pronunciamientos judiciales en el mismo sentido determina que ahora apliquemos esa doctrina consolidada, por razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) e igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la CE). Esta misma circunstancia nos impide, igualmente, considerar que el contenido del auto recurrido sea impropio o inadecuado para una resolución sobre medidas cautelares. Teniendo en cuenta que se trata de la adopción de medidas de carácter positivo basadas en la apariencia de buen derecho, atendida la redundancia de pronunciamientos judiciales iguales.

En consecuencia, procede desestimar los motivos invocados y declarar que no ha lugar al recurso de casación.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción se hace imposición de las costas procesales ocasionadas, con el límite máximo, por todos los conceptos, de 3.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

F A L L A M O S

Que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado de la Generalitat de Cataluña, contra el Auto de 9 de enero de 2013, recaído en la pieza de medidas cautelares y contra el posterior Auto de 6 de marzo siguiente, que desestima el recurso de reposición, dictados ambos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso administrativo nº 372/2012. Con imposición de las costas procesales en los términos fijados en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. Dª Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.