



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Primera).
-Recurso de apelación núm. 277 del año 2014-
SENTENCIA: 00098/2015

SENTENCIA NÚM. 98 de 2015

ILMOS. SEÑORES
PRESIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

Don Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

Don Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a veintisiete de febrero de dos mil quince.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso de apelación número 277 de 2014, interpuesto por **DÑA. NATALIA GARCÍA LAFUENTE y D. DENNIS HECK**, representados por la Procuradora de los Tribunales Dña. Isabel Fabro Barrachina y asistidos por el Letrado D. Julio Rojas Bejarano, contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huesca de fecha 16 de octubre de 2014, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 238 de 2014; siendo parte recurrida, la **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN**, la que no se ha personado en esta instancia.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huesca dictó auto de fecha 16 de octubre de 2014, denegatorio de la medida cautelar interesada por los recurrentes, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra el anterior auto, por la parte actora se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación de la medida cautelar interesada; siendo admitido dicho recurso y dándose traslado a la representación de la Administración demandada para que pudiera formalizar su oposición al mismo, sin que lo hiciera; y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 26 de febrero de 2015.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Arias Juana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso administrativo del que dimana la pieza de medidas cautelares en el que ha recaído el auto impugnado se interpuso por los recurrentes contra la resolución del Director del Servicio Provincial de Huesca del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, de fecha 25 de junio de 2014, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la resolución por la que se adjudicó al menor Yago Uwe Heck García plaza escolar para el curso 2014/15 en el nivel de primer curso de Educación Infantil en el Centro Concertado Escuelas Pías de Jaca, y contra la resolución de la misma Dirección de fecha 8 de julio de 2014, desestimatoria de la petición de plaza escolar para el menor por falta de plazas en los centros concertados. Solicitándose, en el escrito de interposición, la medida cautelar consistente en el requerimiento a la Administración demandada para la escolarización como alumno para el curso 2014-2015 en el nivel de primer curso de educación infantil en cualquiera de los Centros Públicos de la localidad de Jaca de dicho menor.

Al igual que en el auto de la misma fecha dictado en la pieza del recurso 226/2014 -de análogo objeto al presente y contra el que se ha seguido el recurso de apelación núm. 281/2014, en el que ha dictado sentencia el pasado 20 de febrero-, el Juez de instancia deniega la medida cautelar solicitada porque, en primer lugar, se trata de una medida positiva; en segundo lugar, entiende que la denegación de la solicitada es la decisión que potencialmente menos trastorno ha de causar al menor, atendida los diferentes resultados del pleito principal y, en tercer lugar, no aprecia en la ejecución del acto





impugnado la causación al menor de un perjuicio irreparable, siendo una escolarización en el ciclo de infantil y atendida su edad, tres años.

Los recurrentes, disconformes igualmente con la parte dispositiva y razonamientos que la sustentan, combaten la resolución recurrida, alegando, en primer lugar, que el carácter positivo de la medida cautelar solicitada no es obstáculo a su adopción, apoyando su argumentación en jurisprudencia al respecto; en segundo lugar, entienden contradictoria la argumentación del segundo con el tercero de los razonamientos del Juez de instancia, alegando que si bien han escolarizado al menor lo han hecho haciendo constar que lo hacen obligados por la negativa de la Administración a concederles plaza en un centro público y laico e interesando una educación aconfesional; y, en fin, mantienen el perjuicio irreparable del que existe riesgo, en el hecho de que, por ejecución del acto impugnado, el menor haya de recibir una educación religiosa que los recurrentes rechazan para su hijo.

El Letrado del Gobierno de Aragón, no formuló oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario.

SEGUNDO.- Siguiendo lo que expusimos en la anterior sentencia a la que hemos aludido, acierta el Juez de instancia cuando presume la validez del acto administrativo cuya revocación anticipada se pretende ahora en realidad. Debe advertirse que, desde un punto de vista general, en el ámbito de la tutela cautelar la doctrina del *fumus* requiere de una prudente aplicación para no prejuzgar el fondo y la decisión final del pleito, dado el riesgo de vulneración del derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba, la especificidad propia de lo contencioso-administrativo, en el que se somete a juicio de legalidad un acto administrativo que, por definición, goza de dicha presunción por imperativo constitucional, artículo 103 de la C.e., y legal, artículo 57 de la LPAC, el presupuesto cautelar de la apariencia de buen derecho, debe ser tratado con mayor prevención y prudencia si cabe. Es aquella especificidad la que imprime variaciones en la aplicación del régimen general cautelar que determinan el diferente peso específico de un presupuesto cautelar sobre otro en este concreto ámbito contencioso, respecto del general civil. Por tal razón este presupuesto cautelar se aplica limitadamente a supuestos singulares, como son aquéllos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente (sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sec. 5ª de 8 de febrero de 2010, rec. nº 5251/08). O como se dice en su sentencia de 9 de octubre de 2009 (sec. 4ª, rec. 311/08), donde se efectúa un tratamiento completo del alcance y límites de la tutela cautelar en lo contencioso-administrativo, "*la posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las*





causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" (sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede haber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005)2". En similares términos, en reciente sentencia la Sala Tercera, sec. 3ª del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 2013, (rec. nº 2736/12), ha declarado que debe "limitarse su aplicación -además de la tradicional prudencia que ha de presidir su uso en todo caso- a supuestos muy concretos, como los actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, cuando una sentencia anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y, en fin, los casos de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración se resiste a aplicar".

Habremos de mantener ahora nosotros la misma presunción de validez del acto administrativo que es objeto de impugnación en autos principales, so riesgo de anticipar, indebidamente, la solución a la cuestión de fondo que se está planteando en la incipiente contienda litigiosa en la que estamos obligados a entrar, ahora, a los meros efectos de verificar la adecuación a derecho de la negativa del Juez de instancia a brindar la tutela cautelar solicitada. Y ello además, sin contar con todos los elementos precisos para resolver, razón por la cual el deber de cautela ha de ser extremado (por todas, sentencia de 24 de abril de 2013, sec. 7ª, rec. nº 270/2012). Por esta razón, atendida la doctrina jurisprudencial conformada sobre el particular, la potencial concurrencia del presupuesto relativo a la apariencia de buen derecho, habida cuenta los exiguos términos que permiten su apreciación, concluiremos en que no parecen estar presentes en este supuesto, pues del planteamiento que se realiza en la instancia, no se manifiesta de manera terminante, clara y ostensible la concurrencia de posible causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado por vulneración de derecho fundamental. Por lo tanto, evitaremos así toda consideración anticipada sobre lo que debe ser el fondo de la controversia.



TERCERO.- Dicho lo anterior, sin embargo -como dijimos en nuestro anterior pronunciamiento- no creemos acertado el razonamiento con que justifica en primer lugar la denegación de la cautelar solicitada, esto es, que se trate de una medida de naturaleza positiva. Y es que el Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que excluye la necesidad de cita concreta alguna que desde la aprobación del nuevo régimen de medidas cautelares en la LJCA, la tutela cautelar que pueden, y deben en su caso, brindar los Tribunales no se



limita a la mera suspensión del acto administrativo impugnado. La suspensión es una más de las medidas posibles, de suerte que la Sala puede, para preservar los intereses en juego, tras la ponderación que de ellos se haga, adoptar otras de carácter singular que se corresponden con la potestad, naturalmente asociada a la tutela cautelar, de configurar provisionalmente las relaciones jurídicas objeto de litigio, más allá de lo que supone la estricta limitación de las medidas cautelares al ámbito de la suspensión general de la norma impugnada. Puede así, sin rebasar los términos en que se plantea el debate procesalmente, adoptar las cautelas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio pudiera recaer. En este sentido, la Sala Tercera ha dicho, entre otras en su sentencia de 15 de octubre de 2012 (sec. 7ª, rec. 1684/2011) en la que reproduce a su vez la propia de 17 de enero de 2011 (rec. 1452/10), que [*"Yla redacción dada al artículo 129.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción no excluye, desde luego, que el órgano jurisdiccional pueda acordar medidas cautelares positivas, pues el precepto utiliza una formulación amplia en cuya virtud los interesados pueden solicitar "Yla adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".*].

Es claro, pues, que la naturaleza positiva de la medida cautelar que se solicita, no puede ofrecer impedimento alguno para su concesión.

CUARTO.- Ahora bien, en las sentencias antes citadas, se sigue diciendo lo siguiente: *"cuando se postula una medida cautelar positiva la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar su procedencia reviste un perfil singular, en particular en lo que se refiere a la apreciación del periculum in mora y ello porque la adopción de la medida no supone el mantenimiento de la situación existente sino su modificación, de manera que puede ser precisamente la adopción de la medida - y no su denegación- la que haga perder al litigio su finalidad"*.

Y en la necesaria ponderación de los potenciales perjuicios derivables de la ejecutividad del acto recurrido y de la medida solicitada, en definitiva, de los intereses en juego, habremos de discrepar del segundo de los fundamentos que sustentan la denegación de la medida, esto es, que la denegación de la medida solicitada es la que menos perjuicio -o trastorno dice el auto impugnado- puede causar al menor, en razón a los cambios de centro que vendrían derivados de la estimación o desestimación de la pretensión de los recurrentes en ambas fases procesales.

A diferencia del anterior supuesto, en el presente el menor sí ha sido escolarizado en el Centro concertado si bien, como acreditan los recurrentes, tras presentar una declaración jurada en aquel haciendo constar que realizan la escolarización en la escuela religiosa no pública ante la negativa de la Administración educativa de conceder plaza en la enseñanza pública y laica, y





manifestar a la Dirección del Colegio su no aceptación de la enseñanza de la religión y solicitar el respeto de sus convicciones morales, y que su hijo reciba una educación aconfesional. De modo que tal escolarización conlleva el evidente perjuicio de que el menor pueda recibir una educación, durante la tramitación del proceso, de marcado carácter religioso, en contra de la voluntad de los padres, o de que haya de recibir una educación distinta en muchos momentos al resto de sus compañeros, a fin de respetarla; perjuicio éste mayor del que pudiera derivarse del necesario cambio de centro escolar a que abocaría la concesión de la tutela cautelar solicitada, en caso de una ulterior sentencia desestimatoria en el pleito principal, perjuicio éste, por otra parte, sin llegar a decir que pueda ser mínimo, sí cabe decir que es relativo, dada la corta edad del menor, tres años.

En fin -como ya razonamos-, aun cuando se solicita la escolarización en un ciclo de enseñanza no obligatoria, tal no obligatoriedad lo es para los solicitantes, pero no para la Administración una vez que recibe solicitud de escolarización, pues desde ese momento prima el deber inexcusable para la Administración de garantizar el acceso a la educación y al sistema educativo de todo menor en edad escolar, con independencia del ciclo formativo de que se trate, en consonancia con los principios que inspiran la configuración constitucional del Derecho Fundamental a la Educación (artículo 27 de la C.e.), y siempre en los términos en que son desarrollados en la Ley Orgánica 8/1985 y la Ley Orgánica 2/2006, siendo la Administración la primera garante de tal Derecho Fundamental y directa prestadora del servicio público en que ha de materializarse y hacerse efectivo tal Derecho.

Así pues, el primer perjuicio, difícilmente reparable ya a causa de la ejecutividad del acto administrativo impugnado, es la imposibilidad de escolarización del menor en los términos y conforme a la solicitud de los padres del menor, para el presente curso lectivo, justificándose así el otorgamiento de la medida cautelar solicitada en la necesidad de paliar dicho perjuicio, reforzando así la efectividad de una sentencia que de otro modo, para el supuesto de que pudiera ser estimatoria de la pretensión de los recurrentes, no lo sería ante lo avanzado que presumiblemente habrá de estar el curso lectivo cuando haya de dictarse. En definitiva, es viable la tutela cautelar solicitada en refuerzo de la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, paliando los efectos perjudiciales de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, no parece que el otorgamiento de la medida solicitada pueda causar perjuicios para el interés general, más allá de un reajuste en las ratios de admisión de alumnado en centros de enseñanza, dentro de los márgenes ya previstos en la legislación educativa en ciertos casos.

Consecuencia de todo lo expuesto, y como en el anterior supuesto de constante mención, es la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación del auto impugnado, siendo procedente acceder a la cautelar





solicitada, consistente en el requerimiento a la Administración demandada para la escolarización del menor, hijo de los solicitantes, Yago Uwe Heck García, como alumno para el curso lectivo corriente (2014/15) en el nivel de primer curso de educación infantil en cualquiera de los Centros Públicos de la localidad de Jaca.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA, no procede hacer expresa condena en costas, al no apreciar la Sala la concurrencia de circunstancias que pudieran justificar su imposición.

F A L L O

PRIMERO.- Estimamos el recurso de apelación interpuesto por **DÑA. NATALIA GARCÍA LAFUENTE y D. DENNIS HECK** contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Huesca de fecha 16 de octubre de 2014, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 238 de 2014, y, con revocación del mismo, **SE ACCEDE** a las medidas cautelares solicitadas, consistentes en la suspensión del acto impugnado y en el requerimiento al Departamento de Educación de la Diputación General de Aragón para la escolarización como alumno, para el curso corriente de 2014/15, en el nivel de primer curso de educación infantil, del menor Yago Uwe Heck García, en cualquiera de los Centros Públicos de Educación Infantil de la localidad de Jaca, de la manera en que menos se alteren las ratios alumnos/aula de dichos Centros.

SEGUNDO.- No hacemos expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

