

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD
VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

En la Ciudad de Valencia, siete de marzo de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana compuesta por:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Olarte Madero.

Magistrados Ilmos. Srs:

D. Edilberto Narbón Laínez.
D. Manuel Domingo Zaballos

AUTO

En el presente proceso núm. 155/2017 (MEDIDAS 330/2017) interpuesto por la Asociación para la defensa del Castellano en la Comunidad Valenciana, representada por el Procurador Doña Catrila Rubio Alfonso, contra Decreto nº 9/2017, de 27 de enero del Consell, por el que se establece el modelo lingüístico educativo valenciano y se regula su aplicación en las enseñanzas no universitarias de la Comunidad Valenciana (DOGV nº 7963, de 6 de febrero de 2017)".

Habiendo sido parte en autos como Administración demandada CONSELLERÍA DE EDUCACION, INVESTIGACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, representado y dirigido por la ABOGACÍA GENERAL DE LA GENERALIDAD; Codemandados: SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENSEÑANZA PAIS VALENCIA-INTERSINDICAL (STEPV-IV), representado por el Procurador Dña. ISABEL MOLINA NOGUERON y dirigidos por el Letrado D. JOSÉ SALVADOR CRESPO ARAIX; FUNDACIÓ ESCOLA VALENCIANA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, representada por el Procurador D. JORGE CASTELLÓ NAVARRO y dirigido por el letrado D. RICARD SALVADOR SALA CAMARENA;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. – Publicado el Decreto nº 9/2017, de 27 de enero del Consell, por el que se establece el modelo lingüístico educativo valenciano y se regula su aplicación en las enseñanzas no universitarias de la Comunidad Valenciana (DOGV nº 7963, de 6 de febrero de 2017), la parte demandante lo impugnó presentando el correspondiente recurso.

SEGUNDO. – Solicitada la suspensión de la aplicación del decreto como medida cautelar, constan en autos de la Sala:

1) Auto fecha 26 de mayo de 2017, la Sala dictó auto donde se acordaba la suspensión del Decreto sin necesidad de fianza. Interpuestos recursos de reposición la Sala dictó auto de 25 julio de 2017 desestimando recurso de reposición.

2) En fecha 5 de octubre de 2017, la Asociación para la Defensa del Castellano, ante el Decreto Ley 3/2.017, de uno de septiembre del Consell de la Generalidad Valenciana y teniendo en cuenta las vicisitudes que ocurrieron con respecto a la ejecución del auto de 26 de mayo de 2.017, dictado en el Recurso 142/2.017 a instancia de la Diputación Provincial de Alicante, análogo al que nos ocupa, solicito se planteara cuestión de inconstitucionalidad del referido Decreto Ley 3/2.017

3) Mediante providencia de 18 de diciembre de 2017, el Tribunal acuerda oír a las partes y al Ministerio Fiscal para posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Decreto Ley 3/2017 al entender que tenía como objetivo impedir el cumplimiento de los autos de suspensión, con el siguiente resultado:

1.- La Asociación para la defensa de Castellano, contestó en sentido afirmativo, que debía plantearse cuestión de inconstitucionalidad como ella misma había solicitado

2.- El Fiscal estimó que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3.-La Generalidad Valenciana estimó igualmente que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

4.-La Fundació Escola Valenciana de la Comunitat Valenciana estimó que no procedía.

TERCERO. – Por Decreto del Gobierno Valenciano 219/2017, de 29 de diciembre, del Consell (DOGV 30 de diciembre de 2017), por el

que se deroga el Decreto 9/2017, de 27 de enero, del Consell, por el que se establece el modelo lingüístico educativo valenciano y se regula su aplicación en las enseñanzas no universitarias de la Comunitat Valenciana.

CUARTO. -La Generalidad Valenciana, a la vista de la derogación del Decreto 9/2017, entiende que el proceso ha quedado sin objeto. Se dio traslado a las partes demandantes en los diferentes recursos que se han presentado contra el Decreto con resultado distinto: unos entienden que existe pérdida de objeto, aunque los efectos del Decreto derogado se mantienen; otros, que ha existido satisfacción extraprocésal. Un tercer grupo no contesta y, finalmente, un cuarto grupo se opone porque estima que los efectos persisten y consideran necesaria la anulación.

QUINTO. -La petición de la Generalidad es común en todos los procesos pendientes contra el Decreto 9/2017, en concreto, ante esta Sala penden:

- a) nº 140/2017, interpuesto por la Federación Católica de Asociación de Padres de Alumnos de Valencia (FCAPA).
- b) nº 142/2017, interpuesto por la Diputación Provincial de Alicante.
- c) nº 143/2017, interpuesto por D. Alberto Martínez Bevia, D. José Manuel Carrillo González, D. Raúl Cantos López, D. José Ramón Pastor Pastor, Idiomas y Educación por el Derecho a elegir lenguas en educación, Confederación Valenciana de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos de Centros de Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma Valenciana (COVAPA) y Confederación de Padres de Alumnos de la Comunidad Valenciana.
- d) nº 150/2017, interpuesto por Unión Sindical Obrera de la Comunidad Valenciana (USO-CV).
- e) nº 152/2017, interpuesto por ANPE-Sindicato Independiente.
- f) nº 153/2017, interpuesto por VOX Partido Político.
- d) nº 155/2017, Asociación para la defensa del Castellano en la Comunidad Valenciana.

SEXTO. – Con fecha 22 de febrero de 2017, en el recurso 240/2017 y 23 de febrero de 2017 en el resto de los recursos, se dictaron autos por la Sala denegando la pérdida de objeto del recurso, el argumento ha sido que los efectos del Decreto 9/2017 seguían plenamente vigentes.

SÉPTIMO. – El Tribunal, una vez resuelta la cuestión de la pérdida de objeto del recurso, ha acordado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, partiendo de las vicisitudes acaecidas en el recurso 142/2.017 al que se refiere la actora, y que se desprenden de aquellos autos, que debemos concretar en las siguientes, según el auto de 6 de marzo de 2.017 dictada en aquel recurso, en que se planteaba la cuestión de inconstitucionalidad,:

“1) Con fecha 23 de mayo de 2017, la Sala dictó auto donde se acordaba la suspensión del Decreto sin necesidad de fianza. Interpuestos recursos de reposición la Sala dictó auto de 20 junio de 2017 desestimando recurso de reposición.

2) Con fecha 13 de julio de 2017, la Diputación Provincial de Valencia presenta escrito promoviendo incidente de ejecución en el que solicitaba:

- a) Órgano administrativo responsable de realizar actuaciones.
- b) Plazo máximo de cumplimiento atendiendo las fechas de comienzo del curso escolar.
- c) Medios con los que se llevará a cabo y procedimiento a seguir con los apercibimientos oportunos.
- d) Que se proceda a la publicación de la suspensión.

Como resultado del anterior escrito recayó providencia de la Sala, de 14 de julio de 2017, en el siguiente sentido:

(...) Por presentado el anterior escrito de la parte actora, únase. Y visto su contenido, requiérase a la Administración demandada a fin de que, en el plazo de CINCO DÍAS, indique a esta Sala las medidas adoptadas para la efectividad de la suspensión acordada, y asimismo comunique a este Tribunal la identidad completa de la Autoridad o funcionario responsable del cumplimiento de lo acordado por esta Sala efectos de exigir a quien corresponda las responsabilidades a que diera lugar la desobediencia, bajo los apercibimientos legales. Líbrese el correspondiente oficio (...).

3) Con fecha 24 de julio de 2017, se recibe informe del Secretario Autonómico de Educación e Investigación relativo a las medidas adoptadas para la efectividad de la suspensión acordada, son las siguientes:

- a) En el marco de los Planes de Actuación para la mejora de los centros educativos, se han dejado sin efecto los criterios de priorización que permitían a los centros educativos solicitar recursos docentes en función del nivel plurilingüe autorizado en el centro.
- b) En el ámbito de formación del profesorado, y en relación con la convocatoria de estancias en Reino Unido e Irlanda para el profesorado dependiente de la Generalidad Valenciana, se han eliminado los criterios de priorización que estaban condicionados por el nivel plurilingüe del centro educativo donde los docentes tendían destino.
- c) En el procedimiento de elaboración y aprobación del Decreto de Curriculum de Educación Primaria, se ha modificado el proyecto de decreto inicial, eliminando las referencias al Decreto 9/2017, así como las disposiciones que traían causa o desarrollaban y completaban el mismo.
- d) En la elaboración de las instrucciones de inicio del curso 2017/2018, se ha eliminado cualquier referencia al Decreto 9/2017, de 27 de enero, así como las instrucciones que tenían por objeto la implementación del mismo.
- e) No han sido resueltos por el Órgano competente de esta Consellería, los distintos recursos de alzada interpuestos contra determinados proyectos lingüísticos de Centro.
- f) No se ha realizado desde la adaptación de la medida cautelar ningún desarrollo reglamentario del Decreto 9/2017, de 27 de enero.
- 4) Promovido incidente por la Generalidad Valenciana sobre la forma de ejecutar el auto de suspensión, con fecha 24 de julio de 2017, se dicta auto por la Sala donde pone de relieve que la forma en que ha llevado a cabo la ejecución del auto es contraria a derecho, ordenaba hacerlo aplicando los Decretos 127/2012 y 234/1997.
- 5) Con fecha 27 de julio de 2017, la Generalidad Valenciana presenta escrito de preparación de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Con fecha 28 de julio de 2017, se dicta auto por la Sala teniendo pro preparado recurso de casación.
- 6) Con fecha 31 de julio de 2017, la Generalidad Valenciana, presenta recurso de reposición frente al auto de 24 de julio de 2017 relativo a la

forma en que la Administración debía dar cumplimiento a los autos de medidas cautelares.

7) La Consellería de Educación no cumplió la orden de suspensión; en su lugar, el Gobierno Valenciano aprueba Decreto-Ley 3/2017, de 1 de septiembre, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro, convalidado por el Pleno de Les Corts en la sesión del 8 de septiembre de 2017 (DOCV de 12 de septiembre de 2017).

8) Con fecha 22 de septiembre de 2017, se dictó auto desestimando el recurso de reposición frente a auto 24 de julio de 2017, en su razonamiento explica que, sobre la forma de ejecución, el Tribunal no puede inventarse ni improvisar un modelo lingüístico educativo (prohibido por el art. 71 de la Ley 29/1998) y, por otra parte, debe hacer cumplir la suspensión del Decreto impugnado. La solución que adoptar la toma del propio Decreto impugnado -disposición transitoria primera punto cuarto- consiste en mantener el sistema anterior:

(...) Hasta la implantación del Programa de educación plurilingüe dinámico en cada nivel educativo, de acuerdo con el calendario de aplicación de este decreto, en los niveles no afectados se aplicarán los programas bilingües y plurilingües regulados por las disposiciones normativas vigentes a la fecha de entrada en vigor de este decreto.

a) En Primaria, el Programa plurilingüe de enseñanza en valenciano (PPEV) o el Programa plurilingüe de enseñanza en castellano (PPEC), regulados por el Decreto 127/2012, de 3 de agosto, del Consell, por el cual se regula el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria en la Comunitat Valenciana.

b) En Secundaria, el Programa de enseñanza en valenciano y la Programa de incorporación progresiva, de acuerdo con el artículo 102 del anexo del Decreto 234/1997, de 2 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el cual se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de los institutos de Educación Secundaria.

c) Los centros de Educación Secundaria que tengan autorizado el adelanto de la aplicación de un programa plurilingüe regulado por el Decreto 127/2012, de 3 de agosto, del Consell, por el cual se regula el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria en la Comunitat Valenciana, aplicarán el Programa plurilingüe de enseñanza en

valenciano o el Programa plurilingüe de enseñanza en castellano hasta la autorización del nuevo nivel del Programa de educación plurilingüe dinámico. (...)”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. – La norma cuestionada es el Decreto-Ley 3/2017, de 1 de septiembre, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro y Resolución 1042/IX, de 8 de septiembre de 2017, de Les Corts, sobre la convalidación del Decreto ley 3/2017, de 1 de septiembre, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro, aprobada por el Pleno de Les Corts en la sesión del 8 de septiembre de 2017 (DOCV de 12 de septiembre de 2017). Singularmente el art. 2.2 en relación con el anexo

SEGUNDO.- Los preceptos cuestionados son los siguientes: La totalidad del Decreto Ley 3/2017, a tenor del título del propio decreto ley y su exposición de motivos, pone de relieve que pretende poner en marcha el sistema establecido en el Decreto del Consell 9/2017 que estaba suspendido por el Tribunal (auto 23 de mayo de 2017 confirmado por de 20 de junio de 2017) y evitar la aplicación de la disposición transitoria primera punto 4 del propio decreto que mantenía el sistema anterior en tanto se implantaba el nuevo sistema (auto de 27 de julio 2017, luego confirmado por auto 22 de septiembre de 2017). Singularmente, el art. 2.2, el art. 3 y la disposición adicional única, todos ellos en relación con el propio anexo del Decreto Ley. Las disposiciones específicas puestas en cuestión ponen en funcionamiento el sistema durante el curso 2017-2018 en el primer curso del segundo ciclo de educación Infantil y los centros sostenidos con fondos públicos para Infantil de 2 años del 1er ciclo de Educación Infantil.

TERCERO. -Como premisa previa al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad debemos examinar dos temas. Uno, dada la redacción del art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que cuando habla del planteamiento de la cuestión toma como premisa “sentencias”, si es posible el planteamiento en un auto de suspensión. Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa, la tutela cautelar forma parte de la tutela judicial

efectiva (SSTC 78/1996, 238/1992), por otro lado, la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte asimismo de la tutela judicial efectiva (SSTC 176/1985, 125/1987, 92/1988, 148/1989, 187/2005); máxime cuando el art. 134 de la Ley 29/1998, para la ejecución de las medidas cautelares, se remite a capítulo IV del Título IV -salvo el artículo 104.2- relativo a la ejecución de sentencias. Resulta significativa la salvedad del art. 104.2, la norma concede a la Administración un plazo de dos meses para ejecutar la sentencia antes de que las partes puedan requerir al Tribunal para la iniciación de la ejecución forzosa, precisamente, para que se cumpla la medida cautelar “de inmediato” como exige el art. 134 sobre el que luego volveremos. Dos, en este momento no se cuestiona la constitucionalidad intrínseca ni del Decreto 9/2017 ni el Decreto Ley 3/2017. Se trata de determinar si la norma con rango de Ley impide o limita la ejecución de la suspensión del Decreto 9/2017 acordado por auto de esta Sala y Sección Cuarta de 23 de mayo de 2017 confirmado por de 20 de junio de 2017; asimismo, auto de 27 de julio de 2017 que resuelve incidente para la ejecución de la suspensión y auto de 22 de septiembre de 2017 desestimando recurso frente al anterior. El resumen de todos los autos es el siguiente: (1) queda en suspenso la aplicación del sistema establecido por Decreto 9/2017; (2) de conformidad con la disposición transitoria primera punto cuarto del Decreto 9/2017 se mantiene el sistema anterior establecido en el Decreto 127/2012.

CUARTO. – Resueltas las anteriores premisas, procede analizar la base fáctica del planteamiento de la cuestión que vamos a someter la Tribunal Constitucional.

A. El iter temporal hasta llegar al Decreto Ley 3/2017.

a. El Decreto 9/2017, de 27 de enero, del Consell, por el que se establece el modelo lingüístico educativo valenciano y se regula su aplicación en las enseñanzas no universitarias de la Comunidad Valenciana, se publicó en el DOGV nº 7973 de 6 de febrero de 2017, entró en vigor el 7 de febrero de 2017 (disposición final tercera). Consecuencia del Decreto se adoptaron resoluciones de 3 de febrero de 2017, de la Dirección General de Política Educativa, por la que se dan instrucciones para la aplicación del Programa de Educación Plurilingües Dinámico y la elaboración del Proyecto Lingüístico de Centro en los centros de Educación Infantil y Primaria para el curso 2017 y 2018 (DOGV núm. 7974 de 07.02.2017).

b. Con fecha 29 de marzo de 2017, se dictaron resoluciones de la Direcciones Territoriales de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de Castellón, Valencia y Alicante, por la que se establecía el calendario y el procedimiento de admisión del alumnado en las enseñanzas de Educación Infantil, Primaria, Educación Secundaria y Obligatoria u Bachillerato en centros públicos y privados concertados. El calendario estableció:

- Plazos de presentación de solicitudes, del 22 al 29 de mayo de 2017.
- Publicación de listas, del 8 al 20 de junio.
- Plazo de formalización de matrícula, finalizaba el 29 de junio.

c. Contra el citado decreto 9/2017, con fecha 6 de abril de 2017, se interpuso recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión cautelar del citado decreto.

d. Entre el 6 de abril y 19 de mayo se autorizaron los proyectos lingüísticos de centro (en adelante PLC).

e. El periodo de admisión del alumnado comenzó el 22 de mayo de 2017 y terminó el 29 de mayo.

f. Por auto de 23 de mayo de 2017, la Sección Cuarta de esta Sala dicta auto suspendiendo la aplicación del Decreto 9/2017.

g. Interpuesto recurso de reposición frente a las anteriores resoluciones, con fecha 20 de junio de 2017, se desestima el recurso de reposición. Frente a este auto la Generalidad Valenciana interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

h. Con fecha 13 de julio de 2017, la Diputación Provincial presenta incidente en los términos del antecedente de hecho segundo.2). Con fecha 14 de julio de 2017, donde se requiere a la Administración en los términos ya expuestos, se recibió respuesta el 24 de julio de 2017 en los términos del antecedente de hecho segundo.3).

i. Con fecha 24 de julio de 2017, se dicta auto por la Sala donde pone de relieve que la forma en que ha llevado a cabo la ejecución del auto es contraria a derecho, ordenaba hacerlo aplicando los Decretos 127/2012 y 234/1997.

j. Con fecha 27 de julio de 2017, la Generalidad Valenciana presenta escrito de preparación de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Con fecha 28 de julio de 2017, se dicta auto por la Sala teniendo pro preparado recurso de casación.

k. Con fecha 31 de julio de 2017, la Generalidad Valenciana, presenta recurso de reposición frente al auto de 24 de julio de 2017 relativo a la forma en que la Administración debía dar cumplimiento a los autos de medidas cautelares. En vista de la fecha de presentación, según el art. 128.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la tramitación del recurso de reposición necesariamente se debía tramitar en septiembre, salvo que la Generalidad Valenciana hubiera solicitado la habilitación de días del mes de agosto -vía 128.3- cosa que no hizo.

l. La Consellería de Educación no cumplió la orden de suspensión; en su lugar, el Gobierno Valenciano aprueba Decreto-Ley 3/2017, de 1 de septiembre, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro, convalidado por el Pleno de Les Corts en la sesión del 8 de septiembre de 2017 (DOCV de 12 de septiembre de 2017).

ll. Con fecha 22 de septiembre de 2017, se dictó auto desestimando el recurso de reposición frente a auto 24 de julio de 2017.

B. Sobre los proyectos lingüísticos de centro (PLC).

1. Punto de partida en el Decreto del Gobierno Valenciano 127/2012.

-Elección de lengua vehicular de enseñanza por parte de los padres o representantes legales (art.3.1, 4.6, 5 y 6.3).

-Enseñanza plurilingüe en valenciano (PPEV) y castellano (PPEC) (arts. 3.3 y 3.4).

-En los proyectos lingüísticos de centro (PLC) coexistía o podía coexistir línea en valenciano y castellano (art. 4).

2. Punto de partida en el Decreto del Gobierno Valenciano 9/2017. Disposición adicional octava:

-Parte de la existencia de seis niveles: Básico 1 y 2, Intermedio 1 y 2, Avanzado 1 y 2. El básico 1 equivalía al Proyecto plurilingüe en castellano con un área en valenciano. El básico 2 equivalía al Proyecto plurilingüe en castellano con un área en valenciano (Ciencias sociales o Ciencias naturales). El intermedio I, equivalía al Proyecto plurilingüe en castellano con dos áreas en valenciano (ciencias sociales y ciencias naturales) y el Avanzado I, equivalía a programa plurilingüe en valenciano.

-Según la disposición adicional octava: Los centros de Infantil y Primaria tenían que elegir un nivel igual o superior al programa plurilingüe que ya aplicaban en el momento de entrada en vigor de este decreto, de acuerdo con el cuadro de equivalencias del anexo XI (expuesto en el punto anterior). El sistema llevaba a la eliminación progresiva de la línea de castellano.

-Según la disposición adicional quinta, la Administración sólo certificaba el inglés y valenciano a los alumnos que había estudiado en línea valenciana.

-Además, estableció criterios de priorización que permitían a los centros educativos solicitar recursos docentes en función del nivel plurilingüe autorizado en el centro. En el ámbito de formación del profesorado, y en relación con la convocatoria de estancias en Reino Unido e Irlanda para el profesorado dependiente de la Generalidad Valenciana, se han eliminado los criterios de priorización que estaban condicionados por el nivel plurilingüe de centro educativo donde los docentes tendían destino. Los criterios de priorización en cuanto a fondos públicos y estancias en Irlanda del Profesorado se eliminaron según relata la el informe de 24 de julio de 2017 (antecedente de hecho segundo punto 3) de esta resolución.

3. Decreto Ley 3/2017, objeto de esta cuestión:

-En la exposición de motivos, el Decreto Ley reconoce que los Proyectos Lingüísticos de Centro están suspendidos.

-No obstante, como motivo para el mantenimiento de los mismos, señala que el TSJ de Valencia no ha resuelto el recurso de reposición frente al auto de 27.7.2017 (interpuesto el 31.7.2017). Fija como pretexto:

(...) la necesaria seguridad jurídica, y velando al mismo tiempo por la salvaguarda de los derechos e intereses de terceras personas, principalmente alumnado y familias que atendiendo a los proyectos lingüísticos de centro, aprobados y publicados, eligieron centro educativo, presentaron su solicitud de admisión y fueron debidamente matriculados. (...).

Se añadía la apariencia de buen derecho al haber recibido informe favorable de la Abogacía de la Generalidad y Consejo Jurídico Consultivo y el inminente comienzo del curso

-En su artículo 2.1 opta por mantener el sistema anterior de acuerdo con las resoluciones judiciales y, por el nuevo sistema, para el primer curso del segundo ciclo de educación Infantil, el programa plurilingüe se les asigna en el anexo del decreto ley.

-En su art. 3.1 para el primer curso del segundo ciclo de educación infantil recoge:

(...) a) Programa plurilingüe A: se impartirán en valenciano entre 16 horas 30 minutos y 18 horas 30 minutos; en castellano 4 horas; y en inglés de 0 a 2 horas.

b) Programa plurilingüe B: se impartirán en valenciano entre 8 y 9 horas; en castellano entre 11 horas 30 minutos y 14 horas 30 minutos; y en inglés de 0 a 2 horas.

c) Programa plurilingüe C: se impartirán en valenciano 4 horas; en castellano entre 16 horas 30 minutos y 18 horas 30 minutos; y en inglés de 0 a 2 horas (...).

El Decreto Ley hace una refundición de los seis niveles que tenía el Decreto 9/2017: A valenciano (avanzado 1 y avanzado 2), B Intermedio-mixto valenciano castellano (intermedio 1 e Intermedio 2), C castellano (básico 1 y básico 2). El hecho de que se trata de una mera refundición lo obtenemos del art. 3.2:

(...) a) Programa plurilingüe A: se asigna a los centros que han ofertado en la matrícula del curso 2017-2018 para el primer curso del segundo ciclo de Educación Infantil una distribución curricular con 18 horas 30 minutos en valenciano; y 4 horas en castellano.

b) Programa plurilingüe B: se asigna a los centros que han ofertado en la matrícula del curso 2017-2018 para el primer curso del segundo ciclo de Educación Infantil una distribución curricular con 8 o 9 horas en valenciano; y entre 13 horas 30 minutos y 14 horas 30 minutos en castellano.

c) Programa plurilingüe C: se asigna a los centros que han ofertado en la matrícula del curso 2017-2018 para el primer curso del segundo ciclo de Educación Infantil una distribución curricular con 4 horas en valenciano; y 18 horas 30 minutos en castellano. (...).

La refundación no afecta al PLC (Programa Lingüístico de Centro) que se había asignado con el Decreto 9/2017 según reconoce el propio decreto ley.

C. Sobre el derecho de elección del PLC de los Centros y de los padres.

En cuanto a la elección por los centros del proyecto lingüístico de centro (PLC), se hacía un estudio en la forma prevista en el art. 20.2 y 3 del Decreto 9/2017, se aprobaba por dos tercios de mayoría cualificada por el Consejo Escolar y se remitía a la Consellería de Educación para su aprobación definitiva, en caso de no obtener los dos tercios resolvía la Consellería. En los centros concertados la elección era del titular del centro oído el Consejo Escolar. El sistema, en la elección que se hizo con el Decreto 9/2017 y asume el Decreto Ley 3/2017, tenía como graves limitaciones: (1) La obligación de escoger los centros de Infantil y Primaria un nivel igual o superior al programa plurilingüe que ya aplicaban en el momento de entrada en vigor de decreto, de acuerdo con el cuadro de equivalencias del anexo XI, suponía la desaparición para este curso del área de castellano, bastaba que los centros tuvieran una línea en valenciano y automáticamente desaparecía la línea de castellano y permanecía de la valenciano con el mismo nivel o nivel superior. Tras la refundición, de seis niveles del Decreto 9/2017 en el anexo del Decreto Ley 3/2017, se puede observar perfectamente que supera el 75% por ciento del curso analizado es en valenciano (opción “A”), la opción de castellano (opción “C”) prácticamente desaparece); (2) la opción elegida con el Decreto 9/2017 que asume para el curso examinado el Decreto Ley 3/2017, estuvo condicionada por la disposición adicional quinta (decreto 9/2017) donde la consellería certificaba niveles de valenciano e inglés, solamente a la línea valenciana, además, los centros recibían más

fondos públicos y los profesores tenían prioridad para la formación en el extranjero. Ciertamente a raíz de diversas sentencias de esta Sala y Sección Cuarta (sentencia 1329/2017, de 26 de julio-rec. 58/2017) el Decreto Ley no asume esta disposición, pero en la elección de línea pudo pesar.

En cuanto a la elección de los padres, no existe como derecho individual previo. Los padres entre el 22 de mayo de 2017 y terminó el 29 de mayo, tuvieron que elegir centro con el programa plurilingüe de centro aprobado, además, prácticamente no podían elegir centro. La asignación de centro se rige por el Decreto 40/2016, de 15 de abril, del Consell, por el que se regula la admisión en los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, que sustituye al Decreto 42/2013, establece unos criterios de preferencia para el acceso a los centros. No se discute el contenido del Decreto, lo que se afirma, es que los padres tienen predeterminado un centro sostenido con fondos públicos, público o concertado, con un programa lingüístico de centro preasignado.

QUINTO. – Sobre esta base fáctica expuesta, el Tribunal observa como primer motivo de inconstitucionalidad del Decreto Ley 3/2017 la vulneración del art. 86.1 de la Constitución en relación con el art. 44.4 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y art. 9.3 de la CE por arbitrariedad. A juicio de esta Sala no ha existido necesidad y urgencia extraordinaria para dictar una norma con rango de ley. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 152/2017-fd 3, reiterando doctrina anterior, ha puesto de relieve que los términos “extraordinaria y urgente necesidad” no constituyen “en modo alguno una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes, razón por la cual, este Tribunal puede, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante” (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5, entre otras).” (STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3). Ciertamente que la apreciación de esa extraordinaria y urgente necesidad corresponde al Gobierno (en nuestro caso, el Gobierno Valenciano), a tal fin, se deben valorar todos los elementos que

llevaron al poder ejecutivo valenciano a aprobar el Decreto Ley. Como segundo parámetro establece que se debe examinar la extraordinaria y urgente necesidad en relación con las medidas adoptadas. El motivo para dictar el Decreto-Ley lo expone en el punto VII del preámbulo

(...) Y dado que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, no ha resuelto, a fecha de la aprobación de este decreto ley, el recurso de reposición interpuesto por la Abogacía de la Generalitat frente al auto de 27 de julio de 2017, se constata la necesidad inaplazable de aprobar un instrumento normativo que articule la aplicación de este auto de 27 de julio de 2017, garantizando la necesaria seguridad jurídica, y velando al mismo tiempo por la salvaguarda de los derechos e intereses de terceras personas, principalmente alumnado y familias que atendiendo a los proyectos lingüísticos de centro, aprobados y publicados, eligieron centro educativo, presentaron su solicitud de admisión y fueron debidamente matriculados. (...).

Como se expuso en la providencia dando traslado a las partes sobre el planteamiento de la presente cuestión, la Generalidad Valenciana siempre se ha escudado en que los autos no eran firmes, el art. 79.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no puede ser más claro: *Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.* El art. 132 de la Ley 29/1998, establece que las medidas cautelares permanecerán vigentes hasta que se dicte sentencia firme, salvo que por la Sala o el Tribunal Supremo las revoquen o modifiquen; por su parte, el art. 134 es categórico, *el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2 2;* el precepto, a pesar de remitirse a las normas sobre ejecución de sentencia, no le concede a la Administración el plazo de dos meses para la ejecución, precisamente porque deben cumplirse de inmediato. El Gobierno Valenciano contaba a la hora de dictar el decreto ley con dos autos de suspensión (23.5.2017 y 20.6.2017) y un auto 24.7.2017 fijando como debía ejecutarse. Finalmente, reprocha el preámbulo a la Sala no haber resuelto el recurso de reposición frente al auto 24.7.2017. Resolver la reposición era inviable legalmente, la Generalidad Valenciana interpone

recurso de reposición el 31.7.2017 y no solicita, como preceptúa el art. 128.2 de la Ley 29/1998, habilitación de plazo en el mes de agosto, en consecuencia, no podía comenzar la tramitación hasta el 1 de septiembre de 2017, fecha en que se dicta el Decreto Ley.

Cita como soporte jurídico de su decisión la sentencia del Tribunal Constitucional STC 38/2016, sin embargo, la situación es totalmente diferente. Por un lado, en aquel, cuando se dicta el auto suspendiendo la aplicación del decreto de plurilingüismo de Baleares el curso estaba empezado (3.9.2013), en nuestro caso se dicta el 23 de mayo de 2017 -no era firme pero sí ejecutivo art. 79.1 de la Ley 29/1998-; por otro lado, se impugnaba la aplicación efectiva del calendario escolar y dos instrucciones para la aplicación del Decreto, en nuestro caso se impugna y suspende la totalidad del Decreto 9/2017.

Por otra parte, se trata de una ley singular y autoaplicativa, singular en el sentido que está dictada para un supuesto concreto (SSTC. 129/2013, 203/2013-fd 8, 50/2015-fd 7 in fine, 38/2016, 152/2017-fd3)) y autoaplicativa por poner en marcha el Decreto 9/2017 que estaba suspendido por el Tribunal. Hemos examinado el prisma temporal, la Abogacía de la Generalidad trae a colación el hecho de los centros habían elegido el PLC y los padres matriculado a sus hijos, incluso el transporte escolar. La lectura del fundamento anterior nos muestra que el PLC venía predeterminado por la disposición adicional octava del Decreto 9/2017, la capacidad de elección de los Consejos Escolares fue mínima y mediatizada por las certificaciones de inglés, recepción de fondos para los centros y viajes al extranjero de los profesores. Finalmente, los padres tuvieron muy escasa capacidad de elección para el centro y ninguna para optar la lengua vehicular para educar a sus hijos.

La conclusión obtenida desde el prisma del art. 86.1 de la Constitución es que la extraordinaria y urgente necesidad fue creada de forma ficticia por el ejecutivo valenciano, tuvo tiempo suficiente para acordar la suspensión, medidas paliativas y someterlas a la decisión de la Sala; en definitiva, no es idónea, ni necesaria ni equilibrada, no se cumplen los parámetros exigidos por el Tribunal Constitucional para estos supuestos, se trata de una norma arbitraria que conculca el art. 9.3 de la Constitución (STC 203/2003 y 50/2015).

SEXTO. – El segundo punto de la cuestión se centra en la vulneración del art. 24.1 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 117.3 de la CE. El Decreto Ley 3/2017 tiene por objeto asumir los PLC del Decreto 9/2017 (objeto confesado

en el preámbulo) con vulneración del art. 24.1 de la CE e impedir la ejecución de las resoluciones judiciales citadas vulnerando el art. 118 de la CE. La sentencia del Tribunal Constitucional 50/2015-fd 8 reitera la doctrina en su día fijada en la sentencia 312/2006: *la norma impugnada, en la medida que reproduce una regulación reglamentaria declarada nula ... produce una lesión del art. 24.1 CE en aquellos supuestos en los que los efectos obstativos de una ley o del régimen jurídico en ella establecido para una concreta materia fuesen precisamente hacer imposible de forma desproporcionada que un determinado fallo judicial se cumpla, pues siendo indudable que la Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, no es menos cierto que también le somete a determinados límites, entre ellos el que se deriva del art. 24.1 CE.* Hemos visto en nuestro caso que el iter temporal no impedía la suspensión acordada por el Tribunal, el pretexto de mantener los Programas Lingüísticos de Centro elegidos por los Consejos Escolares debe rechazarse al venir predeterminados por la disposición adicional octava del Decreto 9/2017, la obtención de fondos y viajes para formación del profesorado y la “elección” de los padres fue muy limitada en cuanto a Centro Escolar y nula en cuanto a la lengua vehicular, por tanto, el Decreto Ley en su conjunto está vulnerando el art. 24.1 de la Constitución, desde el prisma de los que obtuvieron los autos favorables, en cuanto ha impedido ejecutar la suspensión acordada por el Tribunal (en tres autos cuando se dictó el Decreto ley), y el art. 117.3 de la CE en cuanto el Tribunal no ha podido ejecutar sus resoluciones judiciales, una norma con rango de ley se lo ha impedido.

SÉPTIMO. – En el supuesto de que el Tribunal Constitucional estimase que el Decreto Ley está ejecutando parcialmente los autos en el art. 2.1, las razones para decretar la inconstitucionalidad fijadas en el punto anterior se centrarían en el art. 2.2, 3 disposición adicional única y el anexo del real decreto Ley. El primero de los preceptos afirma: *los centros docentes no universitarios de la Comunitat Valenciana sostenidos con fondos públicos deberán aplicar durante el curso 2017-2018 el proyecto lingüístico de centro que tuvieran aprobado con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 9/2017, de 27 de enero, del Consell en todas las etapas educativas, con la salvedad efectuada en el apartado segundo de este artículo.* La salvedad del art. 2.2 y disposición adicional única se centra en el primer curso del segundo ciclo de educación Infantil, el programa plurilingüe que se asigna en el anexo de este decreto ley, anexo que refunde los

seis grados de Decreto 9/2017 en tres (A. Valenciano, B intermedio, C Castellano) pero mantiene los PLC existentes en los términos del art. 3.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA RESUELVE

Plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional frente a Decreto-Ley 3/2017, de 1 de septiembre, del Consell, por el que se adoptan medidas urgentes para la aplicación, durante el curso 2017-2018, de los proyectos lingüísticos de centro, convalidado por el Pleno de Les Corts en la sesión del 8 de septiembre de 2017 (DOCV de 12 de septiembre de 2017). En concreto:

- a) Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad por vulneración del art. 86.1 de la Constitución en relación con el art. 44.4 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y art. 9.3 de la CE por arbitrariedad.
- b) Declarar la inconstitucionalidad de la totalidad por vulneración del art. 24.1 de la Constitución en relación con el art. 117.3, ambos de la Constitución.
- c) Subsidiariamente respecto del punto b), declarar la inconstitucionalidad de los arts. 2.2, 3, disposición adicional única y el anexo.

Frente al presente auto no cabe recurso. Sáquese testimonio de todas las actuaciones afectantes a la medida cautelar y elévense al Tribunal Constitucional, queda en suspenso la ejecución de la medida cautelar hasta la admisión del recurso o pronunciamiento sobre la cuestión planteada. Notifíquese a las partes.

Así por este nuestro auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, certifico.