



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

c/ San Roque, 4 -5ª Planta
Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.40.73

Fax.: 848.42.40.07

AP051

Procedimiento: **RECURSO DE APELACIÓN**

Nº Procedimiento: 0000241/2016

Pieza: Pieza de Medidas Cautelares - 00

Materia: **Otros actos de la Admon. Local no incluidos en los apartados anteriores**

NIG: 3120145320160000340

Resolución: Sentencia 000277/2016

Procedimiento Ordinario 0000119/2016 - 01

Jdo. Contencioso-Administrativo Nº 2 de Pamplona/Iruña

SENTENCIA DE APELACIÓN Nº 000277/2016

ILTMOS. SRES.:

PRESIDENTE,

D. FRANCISCO JAVIER PUEYO CALLEJA

MAGISTRADOS,

D. ANTONIO RUBIO PÉREZ

DÑA. MARÍA MERCEDES MARTÍN OLIVERA

En Pamplona/Iruña, a catorce de junio del dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra constituida por los Ilustrísimos Señores Magistrados expresados, el presente **rollo de apelación Nº 241/2016** formado para la sustanciación del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 6 de mayo del 2016, dictada en la Pieza Separada de Suspensión dimanante del Procedimiento Ordinario nº 119/2016-01, seguido ante el Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Pamplona/Iruña para la sustanciación del recurso interpuesto contra dos Acuerdos de 22 de febrero de 2016, adoptados por la Junta de Gobierno del Organismo Autónomo Escuelas Infantiles Municipales de Pamplona y Acuerdo de 22 de febrero de 2016, adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona. Siendo partes: como apelante, el AYUNTAMIENTO DE PAMPLONA y el ORGANISMO AUTONOMO ESCUELAS INFANTILES MUNICIPALES DE PAMPLONA,

representados por el procurador D. JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ y dirigido por el letrado D. JUAN LUIS GIJARRO SALVADOR; y, como apelados, ARIADNA MARIA GARCIA PRADO, ALICIA MARTINEZ GONZALEZ, ALICIA NAVARRO EGEA, ANA MARIA MUÑOZ ROMON, ANA PILAR OTAL RUIZ, ANCA DANIELA JOCA , ARANZAZU ALBISTUR GOÑI, AURORA GETE ESTEBANEZ, BERTA ALDUNATE ZUBIATE, CARIDAD MARTIN PEREZ, CARLOS ARRIOLA DOCE, CRISTIAN YHEY SON VARGAS AMITA, ELENA MERCHANT RODRIGUEZ, ENRIQUE MUÑOZ CHIVITE, ESTELLE CECILE SOPHI COFFINIER, GEORGI MILKOV KISYOV, JAIONE ESANDI MATEO, JAVIER MARTINEZ GONZALEZ, JORGE PEREZ LASHERAS, KOLDO LOREA BRAVO, LAURA MARTINEZ MUÑOZ, LUIS IGNACIO NAVAS ARANGUREN, LUIS LOPEZ MORQUECHO, MANUEL PINTO GARRIDO, MARIA ANGELES VIDAN ALLI, MARIA FLYNN, MARIA GARCIA FLECHA, MARIA GUTIERREZ MARTINEZ, MARTA MANGADO CRUZ, NATHANIEL FROST BARRETT, OSKANA SLOBODA , PABLO SANCHEZ IRIARTE, PATRICIA RUBIO BERMEJO, RAMON ENRIQUE SALA SCHIEWE, RAQUEL CHOCARRO EGUARAS, SARA CLIMENT SANCHEZ, SOFIA MARIA NIEVES BOBO IBAÑEZ, TANYA RUMENOVA MANOVA, USUA MANCHEÑO UJUE, YOLANDA ALONSO GALILEA, LUIS IGNACIO PEREZ ANADON, IGNACIO ANDIA ZABALA, PEDRO JATO LOSFABLOS, FERNANDO SANTIAGO GARCIA, SERGIO IGLESIAS IGLESIAS, JULIA MARIA ORNA ESTEBAN, FELIPE VIVES UNANUA, PABLO ARREGUI VELASCO, MARTA LACUNZA PATERNAIN, EVA VILLAR GODIA, TOMAS ANTOÑANA ROS, JOSE JOAQUIN LUMBIER SANZ, PABLO IGNACIO AGUINACO CULEBRAS, ROBERTO ECHARRI FUENTES, GABRIEL MORENO INCHUSTA, ALBERTO SALINAS LARUMBE, MACARENA EZCURDIA HUERTA, MARIA NEUS VIVES UNANUA, SILVIA LOPEZ YOLDI, SERGIO PORTILLO ROMERO, DIEGO CORERA RADA, ISABEL VIVES UNANUA, ARANTZA NOAIN RAMIREZ, LAURA DE LAFUENTE MARTINEZ, RUBEN ALCARAZ SANCHEZ, MARTA ABANCENS LOIDI, MONICA PEREZ JIMENEZ, AMAYA CASADO MATEOS, EDURNE SERRAT CEA, JAIONE BASARTE DIEZ DE ULZURRUN,



IÑIGO ETAYO ELIZONDO, NATALIA ARRAIZA GARCIA, MARIBEL UNZUE ALVAREZ, OSCAR LASHERAS AMIGOT, MARIA IRIBARREN BERAU, JAVIER INDURAIN GASPAR, ANA ZUDAIRE DIAZ-TEJEIRO, WILSON RODRIGO GAVILANES PALACIOS, MAIRA REVECA CHICA CUSME, DESIRE JULIANA NIETO DUARTE, JAE VALDEZ HERRERA, BERTA CAROLINA ESPINOZA VELASQUEZ, KARINA ROSALIN GUZMAN QUISBERT, VIVIANA MAITA TAMES, MARIA IZIAR FERRARI ARCELUS, MARY-CARMEN UGARTE NAVARRETE, MARITZA CATALINE MENDOZA SUCNO, VILMA CAMACHO GARCIA, HEDY VANESSA BUENDIA ARAPI, LEONARDO CAXITO ANTUNES, BEATRIZ CLAUDIA AROSTEGUI CASTILLO DE LA FLOR, OLIVER EMANUEL RIVERA LOPEZ y MIRIAN BERZABE GARCIA VARGAS, representados por el procurador D. MIGUEL GONZALEZ OTEIZA y dirigido por la letrada DÑA. CECILIA GUTIERREZ GANZARAIN, venimos en resolver en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 6 de mayo de 2016, se dictó Auto por el Jdo. Contencioso-Administrativo N° 2 de Pamplona/Iruña cuya parte dispositiva contiene el tenor literal siguiente: *“1º ACCEDER A LA MEDIDA CAUTELAR INTERESADA CONSISTENTE EN LA SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS IMPUGNADOS, CON PARALIZACIÓN DEL PROCESO DE CAMBIO ACORDADO RESPECTO DE LAS ESCUELAS INFANTILES MENCIONADAS EN LOS ACUERDOS RECURRIDOS. 2º NO HA LUGAR A realizar declaración expresa en materia de costas”.*

SEGUNDO.- Por la parte demandada se ejercitó recurso de apelación en el que solicitaba su estimación con revocación de la sentencia apelada y al que se dio el trámite legalmente establecido.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la Sala y formado el correspondiente rollo, tras las actuaciones legalmente prevenidas, se señaló para votación y fallo el día 13 de junio de 2016.

Es ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. ANTONIO RUBIO PEREZ** quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De los tres acuerdos que el auto apelado decide suspender, el principal y de carácter sustantivo es el primero de los dos adoptados por la Junta de Gobierno del Organismo Autónomo (del Ayuntamiento de Pamplona) Escuelas Infantiles Municipales de Pamplona (OAEIMP). Los otros dos, uno del mismo organismo y fecha y otro de la misma fecha de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pamplona tienen por objeto, el primero, regular cuestiones procedimentales derivadas de lo acordado en el primero de todos ellos, y el segundo aprobar la reestructuración derivada de aquél. Este decide: “1º) *Aprobar la modificación del modelo lingüístico de oferta en la Escuela Infantil Municipal Donibane para el curso 2016-17, pasando a ser de euskera. 2º) Aprobar la modificación del modelo lingüístico de oferta en la Escuela Infantil Municipal Fuerte Príncipe-Printzearen Harresi para el curso 2016-17, pasando a ser de euskera. 3º) Aprobar el traslado, a partir del inicio del curso 2016-17, de la escuela infantil Rotxapea, a las instalaciones de la escuela infantil Hello Rochapea y modificar el nombre de la escuela infantil que ocupará las instalaciones situadas en la Travesía Tomás de Burgui, 9 pasando a denominarse “Goiz Eder”. 4º) Aprobar el traslado, a partir del inicio del curso 2016-17, de la escuela infantil Hello Rochapea, a las instalaciones de la escuela infantil Egunsenti modificando el nombre de la escuela infantil que ocupará las instalaciones de la calle Miravalles s/n pasando a denominarse “Hello Egunsenti”. 5º) Aprobar la oferta de plazas de la escuela infantil Goiz Eder que ofrecerá a partir del próximo curso 2016-17 el modelo lingüístico euskera en horario de jornada completa y media jornada. 6º) Aprobar la oferta de plazas de la escuela infantil Rotxapea que ofrecerá a partir del próximo curso 2016-17 el modelo lingüístico de castellano en horario de jornada completa y media jornada. 7º) Aprobar la oferta de plazas de la escuela infantil Hello Egunsenti que ofrecerá a partir del próximo curso*

2016-17 la opción castellano con actividades en inglés en horario de jornada completa. 8º) Iniciar los trámites necesarios para adecuar la plantilla del personal de las escuelas a las exigencias de estas modificaciones en la oferta de plazas antes del inicio del próximo curso 2016-17. 9º) Dar al expediente el trámite reglamentario”

Resumidamente, el auto apelado considera, de cara a su suspensión cautelar, que concurre el llamado “periculum in mora” dado el lapso de tiempo que ha de transcurrir hasta la finalización en firme del recurso contencioso que haría ilusoria la tutela judicial demandada tendente a que el cambio no se aplique a los menores representados por los demandantes. Y considera también que el conflicto entre estos perjuicios y los que para el interés público se derivarán de la medida cautelar ha de resolverse a favor de los primeros dado –entendemos- la forma en proceder en la Administración actuante. Finalmente, estima que el llamado “fumus boni iuris” o apariencia de buen derecho está del lado de los demandantes, naturalmente, sin perjuicio sobre el fondo.

Frente a él se alzan en apelación el Ayuntamiento de Pamplona y el OAEIMP (bajo una misma representación y defensa) exponiendo las alegaciones que en lo necesario analizaremos seguidamente al igual que las expuestas por los demandantes-apelados.

SEGUNDO.- El planeamiento del juez “a quo” es correcto en cuanto aborda los extremos de necesario tratamiento para la concesión o denegación de la medida cautelar a tenor de lo dispuesto en el fundamental art. 130 LJCA y la jurisprudencia que lo interpreta y aplica. Este artículo, ya reproducido en su auto, establece que: *“1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.*

Así que la medida cautelar, y más en concreto, la de suspensión de la ejecutividad del acto o disposición impugnada,

requiere como “indictio sine qua non”, que lo contrario, es decir, la ejecución o aplicación, pongan en peligro la finalidad legítima del recurso haciendo, según terminología jurisprudencial, imposible o muy difícil la ejecución de una sentencia favorable para quien demanda. Aun así, es necesario tener en cuenta los intereses generales o de tercero que pueden quedar negativamente afectados por la suspensión pues si esa afección fuese grave o en cualquier caso superior a la que experimentaron los defendidos en la demanda en caso de no suspensión, ésta debería denegarse ya que el interés público (y de terceros) son erigidos por la Ley en último y fundamental referencia para la concesión o denegación de las medidas. Junto a ello, la jurisprudencia maneja el concepto de la apariencia de mejor o peor derecho en las posiciones jurídicas de las partes como criterio también a valorar, si bien de los restrictivos términos a que haremos referencia.

Como de todo ello se ocupa la resolución apelada, es forzoso reconocer que responde en su estructura al esquema legal y jurisprudencial aplicable, aunque ello no suponga necesariamente –ocioso es decirlo- que acierte en el desarrollo. A esto vamos.

TERCERO.- El “periculum in mora” es tan evidente que en realidad nadie lo niega. La parte actora-apelada lo afirma expresamente y el demandado-apelado no lo niega y lo acepta en casi iguales términos haciendo descansar su oposición a la suspensión en el segundo de los requisitos al que acabamos de referirnos, fundamentalmente; y en la inexistencia del “fumus” a favor de la demanda.

Empezando la respuesta por este último, hemos de señalar que, en la nuestra, no puede aceptarse la opinión del auto que nos ocupa, ni siquiera en los tibios términos en que se pronuncia al respecto, que responden a la prudencia y cautela que la jurisprudencia recomienda en su tratamiento. Según se desprende en lo dicho en la pieza de medidas cautelares, el fundamento jurídico de los demandantes se sitúa en que el acuerdo impugnado incide en la regulación y ordenación del primer ciclo de enseñanza y es, por tanto,

competencia del Estado y lo de la Comunidad Autónoma, no de las Entidades Locales; infringe la Ley Foral en Vasconia en cuanto a la forma (gradual y progresiva) en que esta lengua debe ser incorporada a la enseñanza; y en que el carácter prestacional de la educación, también de la voluntaria, es parte integrante del contenido constitucionalmente garantizado por el art. 27 CE.

Como ya hemos apuntado, la jurisprudencia es harto restrictiva a la hora de ponderar la apariencia que del fundamento de la demanda pudiera resultar a la hora de basar en ella, solo o junto a otras consideraciones, la medida cautelar. Así lo expresa el ATS de 15 de marzo de 1994 que literalmente señala:

“Es cierto que la doctrina de la apariencia de buen derecho se ha incorporado como criterio jurisprudencial para decidir la procedencia de una concreta medida cautelar y singularmente la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado (Auto de 31 enero 1994 [RJ 1994\266] dictado en el Recurso de Apelación 9809/1990); sin embargo hemos declarado en este mismo auto y en el anterior de 22 noviembre 1993 (RJ 19938943) (Recurso de Apelación 1149/1991) que dicha doctrina, tan difundida cuan necesitada de prudente aplicación, debe tenerse en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho, o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la vigente Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (Autos de 10 julio 1989, 2 y 19 noviembre 1993 y 31 enero 1994)”.

Y añade el Tribunal Supremo fuera de estos supuestos, sólo cabe la suspensión del acto administrativo “en casos muy concretos

en que (la nulidad) resultaba patente, manifiesta y ostensible “ab initio”, sin necesidad de discusión” (ATS de 1 21abril/2004 y STS 13-1-2004).

No obstante ello, la apariencia de buen derecho, al margen del calor decisorio que en los supuestos dichos cabía otorgarle, puede y debe incidir, en supuestos de menor intensidad, a la hora de ponderar los intereses contrapuestos en litigio (STS 21-6-2006).

Por lo que al caso hace, ya hemos adelantado que no compartimos la opinión expuesta en la resolución apelada en torno al *fumus* que ni afirmamos ni negamos en ningún grado. El que parece mas enfáticamente defendido de los motivos del recurso, de naturaleza estrictamente jurídica (naturaleza y alcance de la medida adoptada, ordenación o simple estructuración de la enseñanza) necesita, quizá, de un desarrollo del que en este momento se carece no siendo procedente indagar aquí acerca de conclusiones que, no apareciendo patentes, pueden comprometer la posición del juzgado al dictar sentencia sobre el fondo y la de esta Sala al resolver el previsible recurso de apelación frente a la misma. En cuanto a lo apuntado en el auto sobre la forma en que el OAEIMP procedió a la hora de implantar la medida impugnada que se apunta se hizo por vía de hecho, es también cuestión de fondo de prematuro análisis en este momento.

CUARTO.- Por tanto hemos de prescindir de esta factor o elemento de decisión quedando así nuestra intervención reconducida al análisis de la ponderación que el auto apelado realiza en torno a los intereses en conflicto que, como hemos visto, resuelve a favor de los de los demandantes, si bien, a nuestro parecer, con la escasa y difusa afirmación de que tienen rango constitucional por afectar el acuerdo impugnado al art. 27 CE ya citado, afirmación que hay que poner en entredicho cuando se trata de enseñanza no integrada en los ciclos de la obligatoria que el Ayuntamiento ofrece sin estar lealmente obligado aunque, una vez que decide hacerlo, lo haya de hacer, por supuesto, con sujeción a principios tales como los de igualdad y no discriminación.

Hemos dicho que el peligro para los intereses de los recurrentes por la demora que el proceso puede suponer en su satisfacción es evidente. Pero con ello nos referimos a los perjuicios en cuanto afirmados. Residenciada en los representantes de los menores la facultad de decidir que es lo que se quiere para ellos y que se quiere ya, el riesgo es innegable por el retraso cierto que el trámite judicial ha de suponer en su satisfacción si esta no se adelanta con la medida pedida. Pero no afirmamos, ni negamos, que haya un perjuicio real en el hecho de que los niños de uno a tres años se escolaricen en una u otra lengua si con ello no pierden el contacto con su entorno familiar, que se nos antoja de mucha mayor incidencia en su desarrollo, y transcurrido ese periodo pueden optar nuevamente.

Quizá no más importante, pero si más tangible sería el perjuicio en caso de que, con el fin de eludir el modelo lingüístico, se decida el cambio de centro pues debe suponerse que los actuales son los que mejor responden a las necesidades materiales de las familias ya que en otro caso, esto es, de resultarles inocuo el traslado, sus reclamaciones no tendrían mayor sentido, salvo que se entienda - como parece ciertamente entenderse- que el cambio es sí mismo y no por el lugar es ya negativo, estimación que también parece excesiva si se atiende a la edad de los directamente afectados.

Así que tenemos entonces dos conjuntos de intereses en contraposición. Los de los recurrentes que han de cambiar a sus niños de centro infantil o pasar por que estos desarrollen el próximo curso 2016-2017 en un centro con modelo lingüístico vascuence. Y en el lado opuesto, los de la Administración actuante, interesada en que su decisión de cambio de modelo opere para el curso dicho, y los de los terceros que implicados en el proceso de elección de centro para sus hijos pueden ver condicionada la ya hecha en atención a la oferta que se trata de suspender.

Es cierto que la Administración no ha hecho un especial desarrollo dialéctico de ese interés concreto de que el cambio opere para el curso 16-18, pero ha de atribuírsele porque es el propio de su acto que de otra forma no se habría producido pues la Administración

no actúa, o no cabe suponer que lo haga, caprichosamente. En la pieza hay informes que hablan de la demanda existente contra el Ayuntamiento de Pamplona sobre escuelas infantiles en euskera a la que dice responder la decisión de atenderla para el curso dicho. Así que hay el interés en la ejecución inmediata del acto que va insito en el mismo y que, en este momento, hay que entender legítimo en virtud de la presunción de legalidad que asiste al acto en que se expresa (art. 57.2 L R JPAC) no menoscabada –ya lo hemos dicho- por ninguna apariencia en contra. Y hay también otro interés: el de que no se perjudique el proceso abierto por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra para la admisión de niños para el repetido curso en centros de Educación Infantil por Resolución de 15 de febrero pasado. Este interés es legítimo por la misma razón y afecta a la Administración siquiera sea por las negativas consecuencias de su repetición.

Pero afecta principal y quizá decisivamente al resto de los aspirantes a dichos Centros que han obtenido una plaza de la que podrían resultar removidos en caso de repetición del proceso a consecuencia de la suspensión solicitada.

La dimensión de esta indeseable consecuencia de la suspensión y su importancia en comparación con las que con la suspensión se evitan la dan los números que con detalle expone la parte apelante y que se resumen en que los “*niños recurrentes*” representan aproximadamente una cuarta parte de las plazas correspondientes a los cinco centros afectados por el acto impugnado y por la resolución judicial de suspensión.

De este modo, y por resumir, resulta que los menores disconformes, entendiendo por tales los que impugnan el acuerdo de cambio, son una minoría respecto del total de los afectados. De los intereses que invocan como negativamente afectados, solo los relativos a la necesidad de un eventual cambio de centro tienen naturaleza objetiva y pueden ser reconocidos como tales; el otro derivado del cambio de modelo lingüístico, puede ser sentido –y seguramente se sienta - como tal por sus representantes, pero es dudoso que pueda considerarse un perjuicio en sí mismo, valoración

ésta que entra sin duda en el ámbito de nuestra competencia a los efectos que nos ocupan. Por el contrario, tienen naturaleza objetiva y son sin duda importantes los perjuicios que para el interés general y del resto de los afectados ha de suponer la suspensión cautelar que, insistimos, obligaría a repetir el proceso de inscripción y matriculación para toda Pamplona ya prácticamente consumado.

Por ello considera este Tribunal de aplicación la previsión del ap. 2 del art. 130 L.J. (antes transcrito) y la medida cautelar debe ser denegada.

QUINTO.- No procede la imposición de costas a ninguna de las partes (art. 139.2 L.J.).

En atención a los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho expuestos, en nombre de Su Majestad El Rey, y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo Español, nos confiere la Constitución y vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de especial y general aplicación al caso de autos

FALLAMOS

Que debemos revocar y revocamos el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de Pamplona recaído en la pieza de medidas cautelares correspondiente al Procedimiento Ordinario 119/2016 alzando la suspensión en el mismo acordada sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Con testimonio de esta resolución, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

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



DILIGENCIA: En Pamplona, a 14 de junio de 2016. La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de la fecha, me ha sido entregada la precedente sentencia debidamente firmada para su notificación a las partes y publicidad establecida legalmente, uniendo a los autos certificación literal de la misma y archivando el original. Doy fe.