



T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00243/2022

T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD 001  
PALMA DE MALLORCA

PLAÇA DES MERCAT, 12. Teléfono: [REDACTED] Fax: [REDACTED]  
Correo electrónico: [REDACTED]  
USUARIO:FHV  
N.I.G: [REDACTED]  
Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000365 /2022 0001  
PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000365 /2022  
Sobre EDUCACION Y UNIVERSIDADES  
De [REDACTED]  
Abogado: [REDACTED]  
Procurador: [REDACTED]  
Contra CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL GOBIERNO DE LAS ISLAS BALEARES  
Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD  
Peça separada de les actuacions 365 de 2022

### ACTE

Il·lès. Srs. Palma, 14 de novembre de 2022.

PRESIDENT:

Gabriel Fiol Gomila.

MAGISTRATS:

Pablo Delfont Maza.

Fernando Socias Fuster

Carmen Frigola Castellón

Alicia Esther Ortuño Rodríguez. -----

### Fets

Únic.- Fou deduït el dia 9 de juny de 2022 recurs contenciós administratiu per la representació processal del [REDACTED] contra la desestimació presumpta, per la ficció legal del silenci administratiu, de la sol·licitud efectuada a la Conselleria d'Educació del Govern Balear el dia 2 de desembre de 2021 per tal que a la seva filla [REDACTED] [REDACTED] matriculada en el IES [REDACTED] de la localitat de [REDACTED] (Mallorca) - [REDACTED] - se li impartissin, al menys el 25% de las assignatures troncales emprant

Firmado por: Gabriel Fiol GOMILA  
14/11/2022 12:00  
Minerva

Firmado por: Alicia Esther ORTUÑO  
RODRIGUEZ  
14/11/2022 12:17  
Minerva

Firmado por: MARIA CARMEN FRIGOLA  
CASTILLON  
14/11/2022 12:48  
Minerva

Firmado por: Pablo DELFONT MAZA  
14/11/2022 13:06  
Minerva

Firmado por: M. LOURDES LORENCE  
MARTINEZ  
14/11/2022 13:08  
Minerva

l'espanyol o castellà com a llengua vehicular, tant en el curs que es trobava com en els successius.

A l'escrit inicial per atressí va interessar, de conformitat amb els articles 129 i següents de la Llei Jurisdiccional, l'adopció de les mesures derivades de la referida sol·licitud.

Després d'un excurs sobre la teoria general de la suspensió va al·legar que en el cas, de no donar-se la mesura cautelar es vulnerarien el *fumus boni iuris*, i el *periculum in mora* a més, es citava, la concurrència amb interessos públics o de tercers.

El dia 8 de juliol de 2022 la postulació processal de l'Administració demandada, la de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, va presentar escrit oposant-s'hi.

La Sala va assenyalar la votació pel dia 9 de novembre de 2022 i davant la discrepància en la votació entre els seus components va decidir un canvi de ponent segons el torn prèviament establert. La redacció de la present li pertoca ara al magistrat, president de la Sala, Gabriel Fiol Gomila.

### Raonaments jurídics

**Primer.-** El règim jurídic de les llengües cooficials en les diverses Comunitats Autònomes amb llengua pròpia no és convergent.

Aquesta divergència jurídica fa necessari distingir els casos, de manera que la jurisprudència recaiguda en referència a les normes que regeixen en una Comunitat Autònoma no és traslladable automàticament a altra.

Sense que això suposi cap ànim de prejutjar, ens sembla oportú començar la nostra resposta a la sol·licitud de la mesura cautelar a la qual atén la present peça separada recordant que el marc jurídic de la nostra Comunitat Autònoma, que té en compte, en el que ara pot interessar, la precisa normalització lingüística, regeix en matèria d'educació un sistema de





conjunció lingüística, on es parteix d'una regla general que imposa vehicular l'ensenyament en la llengua catalana, almenys en un 50%.

Aquesta regla general es conjuga amb la possibilitat d'incrementar sense límit aquest percentatge a través del projecte lingüístic de cada centre que, al seu torn, ha de ser concorde amb la realitat social, demogràfica i econòmica circumdant. I, com és natural, si el projecte lingüístic no concorda amb el que deu, és a dir, amb la realitat social, demogràfica i econòmica circumdant al concret centre escolar, aquest projecte lingüístic no és jurídicament viable.

Doncs bé, pot ser que un concret centre, com el del cas, contempli un 100% de l'ensenyament en llengua catalana, salvant l'ensenyament de les assignatures d'altres llengües, oficials o no.

Sigui un o siguin diversos els centres educatius que adoptessin legítimament un projecte lingüístic com l'indicat, la seva viabilitat jurídica continua sent inestable perquè, en tot cas, l'acció administrativa ha de garantir que romangui l'oportunitat adequada - en distància i qualsevol altre condicionant apreciable - per tal de garantir altres drets, en concret el d'aquells que desitgen prendre o rebre més ensenyament en llengua castellana, és a dir, que la llengua castellana vehiculi el seu ensenyament en un percentatge o un altre, però no en més del 50%, i, en tot cas, més allà de l'ensenyament de l'assignatura de llengua castellana.

D'aquí ve que la mesura cautelar pretesa, que es promou per a una sola persona i en un únic centre educatiu, però que s'imposaria igualment als altres alumnes de la classe a la qual estigués adscrita la promotora de la mesura cautelar, a la fi, no constant tampoc que s'estigués en presència d'inconvenients que impedissin satisfer adequadament l'ensenyament pretès en un altre centre educatiu, ha de concloure's que és una mesura cautelar que, d'una banda, afecta greument a l'interès general i, d'altra banda, la denegació de la mateixa ha d'entendre's que és innòcua pràcticament per a la sol·licitant, precisament perquè no existeix constància - ni tampoc ha justificat el contrari la sol·licitant - sobre que potser suposi un perjudici rellevant per a aquesta.



Segon.- L'article 130 de la Llei Jurisdiccional disposa que la mesura cautelar "podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso", per tant, es sustenta amb un *periculum in mora*, pressupost clar i evident, tal com ho va assenyalar la sentència de 10 de febrer de 2010 de la Sala Tercera del Tribunal Suprem en discordança aparent amb el propòsit més terminant de l'Exposició de Motius on s'afirma que:

"se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario".

La dita Exposició de Motius acaba amb l'afirmació següent:

"..la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares".

La Interlocutòria de l'esmentada Sala Tercera del Tribunal Suprem, dictada el dia 26 de novembre de 2001, va assenyalar que:

"La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), «asegurar la efectividad de la sentencia». Por ello el «periculum in mora» forma parte de la esencia de la medida cautelar y el art. 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquel en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil".





La referida interlocutòria recollia altra més llunyana de la pròpia Sala Tercera de 20 de desembre de 1990, dient:

“Esta resolución proclama lo que llama «derecho a la tutela cautelar», inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, «lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)». Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que «necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón». El propio Auto advierte que ello supone una nueva forma de entender el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción derogada: «el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos».

És evident, de la doctrina que emana de la dita resolució i altres en les quals es reitera el dit criteri, que es fa precisa la necessitat de justificació o prova, malgrat no sigui completa, per indicis d'aquelles circumstàncies que permetin al Tribunal efectuar la valoració de la procedència de la mesura cautelar que s'interessa.

Dins aquesta peça separada hauria, llavors, d'acreditar-se, i justificar-se, una qualificació de perjudicis de produir-se materialment el desenvolupament i aplicació pràctica de la resolució al·ludida. Falta de prova que, en principi, porta conseqüències desfavorables que ha de suportar el recurrent, per quant, i encara que sigui indiciàriament, l'instant de l'incident de mesura cautelar de suspensió ha d'aportar els elements, fonaments i circumstàncies dels que es deriven els perjudicis perquè el Tribunal pugui fer ús de la facultat que se'ns demana. Aquest, sens dubte, és un criteri assumit per la Sala en reiterades ocasions.

Hi ha que destacar aquí quin és en realitat l'objecte del recurs contenciós administratiu sotmès a revisió jurisdiccional i que hem descrit a l'antecedent de fet; és a dir:

“la desestimació presumpta, per la ficció legal del silenci administratiu, de la sol·licitud efectuada pel [REDACTED] a la Conselleria d'Educació del Govern Balear el dia 2 de desembre de 2021 per tal que a la seva filla [REDACTED], matriculada en el IES [REDACTED] de la localitat de [REDACTED] (Mallorca) - [REDACTED] - se li impartissin, al menys el 25% de las assignatures troncales emprant l'espanyol o castellà com a llengua vehicular, tant en el curs que es trobava com en els successius”.

La part recurrent després d'un excurs, tal com ho hem afirmat a l'antecedent de fet, sobre la teoria general de la suspensió va al·legar que en el cas, de no donar-se la mesura cautelar es vulnerarien el *fumus boni iuris*, i el *periculum in mora*. A més, es citava, la concurrència amb interessos públics o de tercers.

La resposta de la demandada fou, inicialment:

“sin que la solicitud conlleve la obligación legal de tramitar un procedimiento administrativo ni de resolver en sentido estricto (art. 88 Ley 39/2015). Por ello, no puede calificarse la instancia como un ejemplo de solicitud a efectos de los artículos 54 y 66 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, pues el recurrente y su hija no disponen de un derecho subjetivo a obtener aquello que se interesa en el escrito presentado, ni existe procedimiento específico distinto al regulado en la citada Ley Orgánica para tramitar la solicitud.

En definitiva, en esta pieza separada de medidas cautelares no se puede satisfacer provisionalmente un derecho de contenido material (supuesto derecho a recibir una enseñanza en que se utilice el castellano como lengua vehicular en al menos un 25% del tiempo lectivo en el centro escolar) cuando lo que se ejerce es un derecho de petición, que tiene una satisfacción meramente formal”.

Va afegir el següent:

“cabe indicar que Catalunya e Illes Balears tienen modelos totalmente distintos: a diferencia de Catalunya, la CAIB dispone de un modelo de conjunción lingüística en la enseñanza, conforme con la STC 87/1983, que prioriza la adecuación de los proyectos lingüísticos de centro a la realidad social, demográfica y económica de cada centro educativo, mientras Catalunya dispone del conocido como “modelo de inmersión lingüística”. Por tanto, no sirven





los parámetros aplicados en la jurisprudencia citada en la demanda para resolver sobre la concreta petición del recurrente y no puede fundamentarse la apariencia de buen derecho en los precedentes judiciales que se alegan”.

**Tercer.-** El primer que es destaca de la referida pretensió de suspensió és que es una petició de mesura cautelar positiva a unes actuacions judicials on la revisió jurisdiccional ho és d'un acte de contingut negatiu i que s'ha produït de forma presumpta, per la ficció legal del silenci administratiu.

La Jurisprudència ha anat rebutjant la suspensió cautelar dels actes de contingut negatiu ja que no és el mateix suspendre el no autoritzat, la qual cosa permet si més no provisionalment l'exercici de l'activitat no consentida, que mantenir la situació anterior al moment de dictar-se l'acte administratiu, que és la raó de la mesura cautelar – interlocutòries de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 16-7-1991, 18-12-1992 , 22-11-1993 , 27-3-1993, 25-1-1994 , 26-12-1994 , 6-2-1995 , 16-5-1995 i 22-9-1995 i Interlocutòria núm. 144 de 29 de març de 1990 del Tribunal Constitucional -.

Nosaltres, en relació al règim jurídic de les mesures cautelars positives relacionades amb actes administratius de contingut negatiu, ens hi hem pronunciat, entre d'altres i sense fer-ne una cita exhaustiva en la sentència núm. 556 de 6 de novembre de 2020 dictada en el rotlle d'apel·lació 103 de 2020 - 4t fonament de dret - ponent Sr. Delfont Maza - , que:

“Con el punto de partida del carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la Ley 29/98, cabe así que, como ya hemos visto, puedan adoptarse cualesquiera, positivas o no, siempre que sean proporcionalmente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia que sea dictada.

En cuanto a los actos administrativos de contenido negativo, debe tenerse en cuenta, desde luego, que es cierto que la suspensión supone que por vía cautelar se procede al otorgamiento de lo pedido en vía administrativa.

De ahí que tradicionalmente se haya denegado la solicitud de suspensión de la ejecutividad de actos administrativos de contenido negativo.



Ahora bien, debe igualmente tenerse en cuenta que no es lo mismo la denegación de aquello que por primera vez se solicita que la denegación de la renovación de aquello que en su día ya se otorgó o, como en los casos de autorizaciones en materia de extranjería sucede, la denegación de la autorización de la siguiente etapa en el proceso de residencia.

La denegación de la solicitud de suspensión del acto negativo responde, en esencia, a mantener la situación anterior al acto impugnado. Por consiguiente, respecto a los actos de contenido negativo, como respecto a los actos presuntos, la adopción de medidas cautelares positivas es posible cuando se trata de denegación de solicitud de renovación de autorización previamente concedida o de denegación de la autorización de la siguiente etapa, por ejemplo, en el proceso de residencia, al igual que en los supuestos en que se declara extinta la autorización indefinida de la que se disponía.”

Veiem aquí, en el cas, que la mesura positiva per la qual advoca el recurrent és clarament il·limitada i tan sols per aquest fet ja es veu que no pugui prosperar. D'accedir-se a ella en els termes interessats ara ens trobaríem amb un “avanç” de la decisió final a la sentència.

Som conscients, no obstant, que a n'aquests supòsits no es pot negar ni la possibilitat de les mesures positives ni que el sol·licitant no tingui dret respecte al seu fill menor a que l'ensenyament en part no es vehiculi en castellà, tal com es veu amb nitidesa de la llei de la Comunitat Autònoma com que també és un criteri jurisprudencial. Aquí en canvi, en el cas que ens convoca, és que ens trobem en presència d'una petició de l'ensenyament en castellà per un concret centre docent; per tant, mesura cautelar nominal, punt sobre el qual no pot abastar la possible mesura cautelar.

En realitat, no altra afirmació podem fer ara per ara i ja no tan sols per la mesura positiva enfront d'un acte presumpte de contingut negatiu sinó a més per la falta real del *periculum in mora* i l'*aparença de bon dret*, com el que diem a línies anteriors, la de ser, en realitat, una mesura cautelar de caràcter nominal.

Afirmació que fem d'aquestes dues en tant que no encertem en veure dins el si de la present peça separada quin és el perill real donat que el dret a una vehiculació de





l'ensenyament en castellà va intrínsecament lligat amb el deure de facilitar les eines per al maneig complert de les dues llengües oficial de la Comunitat Autònoma al final de l'ensenyament obligatori. No és, en conseqüència imprescindible.

En relació causa a efecte amb el que avançàvem a l'anterior fonament de dret, dient-ne que el recurrent manifesta que l'única llengua vehicular d'ensenyament, activitats i comunicació en el centre d'ensenyament IES [REDACTED] és el català, de manera que s'exclou el castellà com a llengua vehicular, i al·lega que el seu interès és garantir que la seva filla i companys rebin en llengua castellana un mínim del 25% del període lectiu en assignatures troncales. Tot això sense provar que el percentatge real de l'ensenyament en castellà sigui de menys del 25%, ni que l'ensenyament d'aquesta llengua es decanti de les previsions del projecte lingüístic del centre, que ha estat avalat per la Inspecció educativa, i sense acreditar els perjudicis que, si escau, causa l'aplicació del projecte lingüístic aprovat conforme a la normativa.

Sosté el [REDACTED] que, en el cas que no s'adoptessin les mesures sol·licitades, la seva filla es veuria privada de manera irremeiable del seu dret a rebre un ensenyament bilingüe durant el temps que exigeix la substanciació del procés, amb vulneració del seu dret a l'educació que consagra l'article 27 de la CE. En canvi, no consta, ni tan sols esmentat a l'escrit instaurador del contenciós, quin és l'interès públic que col·lideix amb la petició del recurrent ni quins serien els criteris aplicables per determinar que ha de prevaler el supòsit dret del [REDACTED] i/o la seva filla enfront de l'interès públic i general a mantenir el projecte lingüístic vigent en el centre.

Per finalitzar aquest apartat, calgui dir que aquesta concessió alteraria el règim de prestació del servei públic educatiu, en la mesura en què es distorsionaria el model establert pel legislador i obligaria a predeterminar, per a l'IES de [REDACTED], un projecte lingüístic específic per a la filla del recurrent i els seus companys de classe. Estem, en conseqüència, tal com hem avançat abans, en presència d'una mesura cautelar positiva nominal.

L'interès social i general supera en quant a la intensitat de la seva necessària protecció a qualsevol interès particular com el del recurrent.



**Quart.-** No és pot sustentar, tampoc, en l'aparença del bon dret donat que els sistemes educatius de Balears i Catalunya se'ns apareixen com a distints i tot i que ja hi hagut sentències en relació a Catalunya, encara no hi hagut pronunciaments a Balears. Per tant, no hi ha precedents judicials ja que, i sense endinsar-nos en el fons, diem que la Comunitat Autònoma de les Illes Balears disposa d'un model de conjunció lingüística en l'ensenyament, conforme amb la sentència del Tribunal Constitucional 87/1983, que prioritza l'adequació dels projectes lingüístics de centre a la realitat social, demogràfica i econòmica de cada centre educatiu, mentre Catalunya disposa del conegut com a "model d'immersió lingüística".

Afirma la defensa de la demandada en el seu escrit d'al·legacions en oposició a la mesura cautelar interessada pel [REDACTED] el següent:

“El recurrente no ha acreditado que el marco normativo y el supuesto de hecho sean los mismos, ni que se esté excluyendo el castellano como lengua vehicular en la enseñanza de este centro. Los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de lenguas vehiculares en Catalunya en ningún caso cuestionan la validez del modelo balear. De hecho, ninguna resolución judicial ha exigido a la Administración educativa balear la fijación de porcentajes concretos, lo cual, además, resultaría disonante respecto del modelo educativo vigente en las Illes Balears. Ningún pronunciamiento judicial ha establecido obligaciones de modificación normativa, o de proyectos lingüísticos determinados, al Parlamento, el Gobierno o la Administración de las Illes Balears”.

La petició de la mesura cautelar es fonamenta en l'aparença de bon dret que deriva de la sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny i de les sentències de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 9, 13 i 16 de desembre de 2010, entre altres, que declaren el sistema d'immersió lingüística contemplat en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i en la Llei del Parlament 12/2009, de 19 de juliol, que és «contrari a la lletra i l'esperit de la Constitució» i les segones ordenen al govern autonòmic català l'adopció de «quantas mesures siguin precisas per adaptar el seu sistema d'ensenyament a la nova situació creada per la declaració de la sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional que considera també al castellà com a llengua vehicular de l'ensenyament a Catalunya juntament amb el català».





S'invoca que la mesura cautelar pretesa "ya ha sido adoptada en Cataluña respecto a peticiones idénticas a la que nos ocupa". S'entén, en referència a actuacions del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que aprecien l'aparença de bon dret derivat de les citades sentències del Tribunal Suprem i les seves pròpies sobre idèntiques pretensions.

La referida Sala Tercera del Tribunal Suprem, mitjançant interlocutòria del 29 de setembre de 2016, en tesi d'òctrinal reiterada, va assenyalar que és possible recolzar-se en l'aparença de bon dret per a l'adopció de mesures cautelars en: a) supòsits de nul·litat de ple dret sempre que sigui manifesta, b) actes dictats en compliment o execució d'una disposició general declarada nul·la, c) existència d'una sentència que anul·la l'acte en una instància anterior encara que no sigui ferma, i d) existència d'un criteri reiterat de la jurisprudència enfront del qual l'Administració oposa una resistència contumaç.

Doncs bé, entenem que no concorre cap dels esmentats supòsits. Cap de les sentències invocades, tant del Tribunal Constitucional com del Tribunal Suprem, versen sobre el model lingüístic de l'ensenyament a Illes Balears, sinó el d'un Estatut i unes lleis catalanes no aplicables al cas. Per tant, no es pot invocar que existeixin sentències prèvies sobre la constitucionalitat del sistema previst en les lleis educatives d'Illes Balears, o sobre actes d'aplicació d'aquestes lleis i, encara menys, que concorri "existència de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz" ja que, a diferència dels supòsits analitzats en les sentències que s'invoquen, no se cita ni una sola destinada a l'administració educativa balear, que hagi estat desoïda per aquesta.

No és possible aplicar la doctrina de l'aparença de bon dret quan es demanda la nul·litat d'un acte en virtut de causes que han de ser, per primera vegada, objecte de valoració i decisió per aquesta Sala. Això suposaria prejudicar el debat.

Es pretén, en definitiva, que anticipem el sentit d'una sentència sobre la base de l'argumentat per altres per a model lingüístic diferent en el qual no s'ofereix alternativa d'ensenyament sostingut amb fons públics en el qual s'utilitzi – almenys en part– el castellà com a llengua vehicular.



El sol·licitant de la mesura cautelar indica que, com en aquelles sentències, aquesta alternativa no es dóna en el centre que cursa el seu fill. Però sense perjudici que això ha de ser comprovat en el curs del procés, no menys rellevant ha de ser la valoració de l'oferta educativa en el seu conjunt i de la prova sobre eventual inexistència d'alternatives en centres equiparables. Valoració que no podem ni hem d'anticipar en aquesta fase cautelar.

La desestimació de la mesura cautelar interessada opera a la fi de tot l'anterior i del que dèiem i fem en la ponderació dels interessos en conflicte, complementari de la pèrdua de la finalitat legítima del recurs, ja que no apreciem, ni molt menys ara per ara, una greu pertorbació de l'interès general o de tercers.

**Cinquè.-** No s'estimen mèrits per a una expressa imposició de costes processals de conformitat amb la Llei Jurisdiccional.

Vist els articles esmentats i d'altres disposicions de caràcter general

#### LA SALA DECIDÍ

**1r.-** Desestimar la petició de mesura cautelar interessada pel representació processal del [REDACTED] a la peça separada de les actuacions 365 de 2022.

**2n.-** No fem imposició de costes processals.



VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LAS MAGISTRADAS DÑA. CARMEN FRIGOLA CASTILLON Y DÑA. ALICIA ESTHER ORTUÑO RODRÍGUEZ, INTEGRANTES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE BALEARES, CONFORME AL ARTÍCULO 260 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL, FRENTE AL AUTO RESOLVIENDO LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PO N° 365/2022.

Con el mayor respeto expresamos nuestra discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala, y entendemos que la parte dispositiva del Auto debía haber estimado íntegramente la solicitud de medida cautelar formulada por [REDACTED] consistente en que se impartiera a su hija, matriculada en [REDACTED] en el Institut [REDACTED], junto a sus compañeros de clase, al menos el 25% de las asignaturas troncales utilizando el español o castellano como lengua vehicular, tanto en el presente curso como en los sucesivos que allí curse.

Las razones de nuestro diferente parecer son las que expresamos seguidamente.

**PRIMERO.**- La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme, suponga la pérdida de la finalidad del proceso.

El artículo 129 de la Ley Jurisdiccional indica que "*Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*". Esa redacción nos indica que las medidas cautelares no son un *numerus clausus*, sino precisamente abierto, porque su finalidad es "*adoptar cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*".

De ahí que entre las medidas cautelares se encuentren las de carácter suspensivo, cuya finalidad es suspender la ejecución del acto impugnado buscando mantener el *status quo* existente anterior al dictado del acto administrativo cuestionado, y las denominadas medidas





cautelares de carácter innominado, que son aquéllas que se estima necesario adoptar para asegurar la efectividad de la sentencia en el proceso.

**SEGUNDO.-** Con arreglo a lo dispuesto en el ya lejano Auto de la Sala Tercera del TS de 8/7/2009 (ECLI:ES:TS:2009:10433A), cuyos razonamientos resultan perfectamente aplicables al supuesto examinado, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar dicha medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LRJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

En el presente caso, la parte solicita una medida cautelar innominada de carácter positivo, consistente en que el Tribunal ordene a la Administración que durante la sustanciación del procedimiento y hasta su completa finalización, dispense a la recurrente, junto a sus compañeros, una enseñanza bilingüe, en la que se utilice el castellano como lengua vehicular en al menos un 25% del tiempo lectivo.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial indicada, la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada descansa sobre los siguientes puntos:

- a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar.
- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. La adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.
- c) El *periculum in mora*, que constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar.
- d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia. Así se dice que “*al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe*



*ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse en forma detallada las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares.*

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) que supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, ha sido luego mucho más matizada, advirtiendo de sus riesgos y de la necesidad de prudente aplicación.

**TERCERO.-** La Ley 1/2022 de 8 de marzo, de Educación de les Illes Balears contempla un sistema educativo donde se busca y pretende la inclusión lingüística del alumnado, al ser el punto de partida una comunidad con doble oficialidad lingüística, de forma que la ley pretende que *"al finalizar la educación obligatoria todos los ciudadanos sean capaces de emplear con corrección las dos lenguas oficiales. Dada la situación sociolingüística, con una gran preponderancia del castellano en múltiples esferas de la vida social, pide que el sistema educativo esté especialmente atento a garantizar una exposición suficiente al uso habitual y funcional de la lengua catalana como forma de contribuir a garantizar el derecho al conocimiento de las dos lenguas oficiales que consagra el artículo 4.3 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears"*.

Los principios del modelo lingüístico plasmados en el artículo 135 de la Ley, se materializan en el proyecto lingüístico de los centros educativos, todo ello regulado en el artículo 136. El artículo 135-3 dispone que:

*"3. La lengua catalana será la lengua de enseñanza y aprendizaje empleada como mínimo en la mitad del horario escolar, para garantizar el logro de los objetivos de la normalización lingüística. Para esta misma finalidad, y con el objetivo de garantizar la competencia comunicativa plena y equivalente en las dos lenguas oficiales al acabar las enseñanzas obligatorias, esta proporción podrá ser incrementada por decisión de cada centro educativo mediante la aprobación de su proyecto lingüístico. La lengua castellana, como lengua de enseñanza y aprendizaje, también podrá ser utilizada por decisión de cada centro educativo mediante la aprobación de su proyecto lingüístico, especialmente cuando se considere necesario para garantizar la competencia comunicativa plena y equivalente en las dos lenguas oficiales al acabar las enseñanzas obligatorias. Las condiciones de uso de las*





*lenguas en los centros educativos se desarrollarán reglamentariamente de acuerdo con estos criterios y los principios previstos en esta ley”.*

Debemos destacar que, a partir del citado precepto, sin adentrarnos en exégesis más profundas que requieren un examen correspondiente al fondo del asunto, el proyecto lingüístico aprobado por cada centro de enseñanza, con la supervisión de la Administración educativa, constituye la clave de bóveda del sistema implantado por el legislador balear.

En el presente asunto, ante la petición efectuada por el padre de una alumna del IES [REDACTED] para que se le imparta un porcentaje del 25% de asignaturas en castellano, la Conselleria d'Educació dio la llamada por respuesta al interesado. Una vez impetrada ante esta Sede la acción de la justicia para que ese silencio administrativo se torne en una decisión del Tribunal a favor de los derechos que se considera acreedor el actor, en beneficio de su hija menor de edad, la CAIB tampoco ha aportado dato alguno para que esta Sala pueda examinar la virtualidad de los intereses en juego y así efectuar una adecuada labor de subsunción de las circunstancias con los presupuestos de la tutela cautelar.

Pues bien, partiendo de que el proyecto lingüístico del establecimiento de enseñanza en cuestión se encuentra insertado en su página web, resulta que este proyecto del centro escolar IES [REDACTED] contempla como única lengua vehicular de enseñanza el catalán, y así lo refleja el punto 2.3.1 del documento de proyecto lingüístico. También es el catalán la única lengua en los ámbitos de relación dentro del centro, de acuerdo con el punto 2.3.1.1; de rotulación, punto 2.3.1.2; de documentos, punto 2.3.1.3 y de relación externa y comunicación con las familias de los alumnos, punto 2.3.1.4.

El punto 2.3.2.1 del documento indica que todas las asignaturas se impartirán en catalán a excepción del castellano, inglés, francés y alemán, en las cuales que se harán en esos idiomas.

Siendo esos los puntos incluidos en el proyecto lingüístico, se desvirtúa la manifestación de la demandada consistente en aseverar que el recurrente no ha acreditado que en el centro educativo IES [REDACTED] no se respete el cumplimiento de un 25% de enseñanza real en castellano, de forma que el proyecto lingüístico del centro responde a un criterio del 100% del empleo de la lengua catalana.





**CUARTO.-** El Auto con cuyos razonamientos y decisión discrepamos, afirma que la regla plasmada en el apartado 3º del artículo 135 de la Ley 1/2022 se conjuga con la posibilidad de incrementar sin límite ese porcentaje a través del proyecto lingüístico de cada centro, acorde con su entorno circundante, de modo que si el proyecto lingüístico no concordara con el que debe y se deriva de ese entorno, es decir, de la realidad social, demográfica y económica circundante al concreto centro escolar, ese proyecto lingüístico no es jurídicamente viable.

Se afirma también que la posibilidad de impartir enseñanza en un 100% en un concreto centro escolar, no necesariamente quebrantaría lo dispuesto en la ley. De ahí que el Auto concluya que, al pretender la medida cautelar solicitada por una sola persona y afectar a un concreto centro educativo, cuya aplicación se extendería al resto de compañeros de clase de la menor hija del recurrente, al no constar que se esté en presencia de inconvenientes que impidieran satisfacer adecuadamente la enseñanza pretendida en otro centro educativo, ello comporta que la medida solicitada afecte gravemente al interés general.

En segundo lugar, considera que no se acredita el perjuicio grave o irreparable que se causa a la parte de no adoptarse esa medida cautelar.

Por último, estima inaplicable al caso la doctrina del *fumus bonis iuris* que la parte alega, porque las sentencias del TS citadas por la parte en su escrito, están relacionadas con una ley cuyo planteamiento educativo no es el que rige en este territorio.

Las Magistradas que suscriben el presente voto particular, discrepamos de tales conclusiones.

**QUINTO.-** No concordamos que la medida cautelar solicitada sea contraria a los intereses generales.

El recurrente se ha visto obligado a impugnar la desestimación presunta de la Administración a la petición planteada de que a su hija, junto con sus compañeros de clase [REDACTED] en el Institut [REDACTED] reciban al menos el 25% de las asignaturas troncales utilizando el español o castellano como lengua vehicular, tanto en el presente curso, como en los sucesivos que imparta en ese centro.

Prima facie, esa petición no va en contra del criterio impuesto en la Ley 1/2022. El auto dice por un lado que es perfectamente válido que un proyecto lingüístico justifique que la





enseñanza en ese centro se imparta totalmente en catalán, afirmación cuya corroboración requiere un análisis profundo de las cuestiones de fondo, siendo precipitada esta conclusión en sede cautelar, ante la redacción del precepto que no puede calificarse como clara ni taxativa, sino más bien dotada de matices de indefinición al remitirse a unos proyectos a aprobar por cada centro.

También nos dice el Auto que no constan la existencia de inconvenientes que impidan satisfacer adecuadamente la enseñanza pretendida en otro centro educativo. Y todo ello concluye en que esa medida causa un grave trastorno a los intereses generales. Esas afirmaciones no las compartimos, porque carecen de base que las sustente.

En efecto, para fundamentar esa afirmación sería necesario que la Administración hubiera aportado a esta pieza de medidas cautelares datos e información que en absoluto ha facilitado. Tampoco en fase administrativa. Y ese silencio no beneficia su postura, al contrario, sin desdeñar que la omisión de respuesta también perjudica al particular que ha reclamado el otorgamiento de los derechos que considera legítimos.

En efecto, es la Administración quien ha explicar los trastornos que causaría esa medida que no se opone al criterio de la Ley 1/2022. De acuerdo con el citado Cuerpo Legal, resulta perfectamente legítimo que un centro tenga un proyecto lingüístico que establezca un 25% y hasta un límite máximo del 50% para que la enseñanza se ofrezca en idioma castellano: Todo dependerá del entorno social y demográfico de ese centro, justificándose en el proyecto lingüístico. Por lo tanto, para poder concluir que la medida cautelar produce un trastorno de los intereses generales es necesario justificar que existen otros centros educativos y proyectos lingüísticos que sí se adaptan a la petición planteada. Y no sólo la Administración no ha aportado ese fundamental dato, sino que ante la petición planteada por el recurrente, la demandada, en un primer momento, guardó un descortés e inadmisibles silencio. Y precisamente ese silencio fue el acto inicialmente impugnado en este debate, la desestimación presunta de dicha petición.

Ante ese silencio, y la circunstancia de que en fase cautelar no se aporte información en cuanto a otros centros de la isla de Mallorca que podrían dar cumplimiento a esa concreta petición, carga que pesa sobre la demandada y no sobre el recurrente, no podemos compartir que la medida cautelar solicitada haya de causar trastorno a los intereses generales. Por el





contrario, afirmamos que esa afirmación se compadece mal con el silencio mostrado por la Administración.

No se nos oculta que con posterioridad a la presentación de la impugnación contra la desestimación por silencio objeto de este procedimiento, la Administración ha dictado la Resolución de 12 de julio de 2022, que denegó expresamente esa petición.

Ese acto expreso también ha sido impugnado ante esta Sala por el aquí recurrente, estando pendiente en este momento la acumulación procesal de ambos procedimientos. Sin embargo, hemos de decir que tampoco en esa resolución expresa la Administración aporta dato alguno sobre ese punto esencial.

En definitiva, la Administración calla. No ha suministrado, ni entonces, ni tampoco ahora en fase cautelar, información sobre qué otros centros educativos de enseñanza secundaria podrían satisfacer las exigencias solicitadas por el recurrente.

Por ello, consideramos que la medida cautelar interesada, que prima facie, no contradice ni lo dispuesto en la Ley 1/2022 de 8 de marzo, ni tampoco la doctrina sentada por el TC en su Sentencia 31/2010 de 28 de junio, no quebranta los intereses generales.

**SEXTO.-** En cuanto al *periculum in mora*, el Auto afirma que no concurre ese elemento, del todo indispensable para la concesión de cualquier medida cautelar.

Como es sabido este presupuesto básico para la adopción de la medida cautelar viene recogido en el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional. La cautela habrá de otorgarse cuando el derecho puede frustrarse si no se concede un remedio procesal inmediato que lo preserve o tutele adecuadamente.

Nos dice la parte que en el caso concurre ese presupuesto pues, de no concederse esa medida cautelar y demorarse la resolución del debate, el avance o progreso de la menor en sus estudios de secundaria obligatoria que están próximos a su finalización al cursar [REDACTED] y faltar solo [REDACTED] al utilizarse exclusivamente el idioma catalán en la enseñanza y como la lengua vehicular de la escuela, le causa un perjuicio grave o irreparable, porque se ve privada de una enseñanza que le permita conocer y dominar la lengua castellana, por lo que se



produce, para el caso de prosperar el recurso, la pérdida de la finalidad del recurso ya que no es posible retroceder, y con ello un perjuicio irreparable.

Esta cuestión ha sido ya tratada por el TS de forma reiterada a propósito de recursos de casación interpuestos sobre esta misma materia a propósito de medidas cautelares adoptadas por el TSJ de Cataluña, en las que el Tribunal Catalán concedió la medida innominada de requerir a la Generalitat para adopción de las medidas necesarias para adaptar el sistema de enseñanza lingüística de un menor a la situación creada por la STC 31/2010 que considera que el castellano, también es, además del catalán, lengua vehicular en Cataluña. Y citaremos al efecto *ad exemplum*, entre otras, las STS de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:62 RC 1475/2013), 2 de marzo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:805 RC 1478/2013), 27 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:808 RC 1481/2013), 29 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2167 RC 3182/2013) y 30 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2766 RC 3365/2013).

Las Magistradas suscribientes consideran que el *periculum in mora*, concurre en el caso examinado. En efecto, el transcurso del tiempo comporta que la menor, estudiante de [REDACTED] y por lo tanto a solo un curso lectivo para finalizar su etapa de educación secundaria obligatoria, en el supuesto de obtener una sentencia estimatoria, ya no podría retroceder, de modo que el recurso planteado y la sentencia dictada, no tendrían para ella absolutamente ninguna utilidad, y el recurso perdería toda su finalidad.

Es evidente que el uso de un idioma facilita un mejor conocimiento y manejo del mismo. Si el interés general reside en que los alumnos terminen sus estudios con un buen dominio tanto de la lengua catalana como la castellana, y así lo afirma la Ley 1/2022, es evidente que el aumento de horas lectivas impartidas en lengua castellana ha de mejorar el conocimiento de ese idioma para los alumnos, si lo comparamos con alumnos cuya enseñanza se haya desarrollado en su totalidad exclusivamente en lengua catalana, salvo claro está, la asignatura de lengua castellana, la cual queda con el mismo número de horas lectivas que el estudio de la lengua extranjera.

Por lo tanto, el perjuicio irreparable en el buen conocimiento y dominio de esa lengua resulta evidente.





**SÉPTIMO.-** Por último, en relación a la apariencia de buen derecho, el criterio del *fumus bonis iuris* para la adopción de la medida cautelar es un criterio que, a pesar de que no viene explícitamente señalado en el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional, ello no impide su aplicación si fuere procedente. No obstante, dicho criterio debe ser utilizado con carácter restrictivo.

En el Auto de 29 de Septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:8894A) el TS señala que es posible apoyarse en la apariencia de buen derecho en: a) supuestos de nulidad de pleno derecho siempre que sea manifiesta, b) actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, c) existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y d) existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz. Sin embargo, no es posible su aplicación cuando se demanda la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, porque ello sería prejuzgar el debate.

En el presente caso, la apariencia de buen derecho se basa en Sentencias firmes dictadas por el TC y por el TS sobre el carácter vehicular y de enseñanza de la lengua castellana en coexistencia con el idioma catalán en Cataluña. En efecto, la STC 31/2010 de 28 de junio establece: *“El catalán debe ser, por tanto, lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza, pero no la única que goce de tal condición, predicable con igual título del castellano en tanto que lengua asimismo oficial en Cataluña. (...) Pero desde ahora hemos de dejar sentado en nuestra argumentación que, como principio, el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza.”*

Por su parte, el TS en las sentencias dictadas en casación interpuestas en incidentes de medidas cautelares positivas que ya hemos ya citado ad supra, confirma la aplicación de ese criterio. El TS ha resuelto, a modo de ejemplo, en la Sentencia de 24 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4829) lo siguiente: *“Y así llega a afirmar la recurrente que “el carácter normal de la utilización del catalán como lengua vehicular está limitado tan solo por el reconocimiento del castellano como lengua docente con la extensión que sea requerida para que se garantice su conocimiento y su uso”. Y nada más lejos de la realidad, cuando el Tribunal Constitucional utiliza la palabra vehicular en relación con el castellano en Cataluña es consciente de que la lengua propia de Cataluña es el catalán, pero también de*





*que ambas lenguas son cooficiales en esa Comunidad Autónoma, y que a tenor del artículo 3 de la Constitución todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. Y para ello es preciso que en la enseñanza en Cataluña el castellano sea lengua vehicular junto con el catalán y no solo lengua docente. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es lengua vehicular la que sirve de comunicación entre grupos de personas de lengua materna distinta, supuesto que concurre en la sociedad catalana de modo que es claro que en ella y en su enseñanza ambas lenguas deben ser vehiculares, con la cautela en cuanto a la dimensión del empleo de cada una, que establecimos en sentencias anteriores. Y el castellano no puede quedar reducido a la condición de lengua docente y equiparada en cuanto a su estudio al mismo número de horas que la primera lengua de estudio extranjera.”*

El Auto dictado por la Sala considera que no puede apreciarse *fumus bonis iuris* porque esas sentencias, tanto la del TC como las del TS, se refieren a un modelo lingüístico distinto del que rige en este territorio, de forma que no es posible aplicar ese criterio cuando se demanda la nulidad del acto en virtud de causas que deben ser examinadas por vez primera, ya que ello prejuzga el debate.

Efectivamente, las sentencias que hemos citado del TS son sentencias dictadas en relación a un modelo de inmersión lingüístico aplicado en Cataluña, sin que ninguna de ellas alude o se refiere en concreto al modelo balear.

Pero en lo que aquí importa, y por ello consideramos que sí es aplicable el criterio de apariencia de buen derecho, es que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, establecen con claridad que el castellano también puede ser lengua vehicular y lengua de aprendizaje en territorios con lengua propia, sin poder quedar reducido de tal forma que desaparezca esta condición, doctrina perfectamente extrapolable al sistema educativo de nuestras Islas.

Es más, ese mismo criterio no es rechazado ni tampoco negado por la Ley 1/2022, puesto que lo que establece la ley es que la enseñanza en catalán se imparta, como mínimo, en un 50%. El resto, podrá o no ser en lengua castellana, y ello dependerá de las circunstancias sociológicas y demográficas en el que esté inserto el centro en cuestión, y así se razone y plasme en el proyecto lingüístico del centro.





Por ello, entendemos que es posible aplicar aquellas sentencias también en este territorio, en la medida que reconocen la posibilidad de que, en cualquier territorio con lengua propia, se dispense también enseñanza en lengua castellana, la cual podrá ser también lengua vehicular.

Por último y en relación al porcentaje del 25 % que la parte solicita sea aplicado, también se ha pronunciado el Alto Tribunal en esas mismas sentencias considerando esa cifra un porcentaje razonable y proporcionado. Así lo indica en la Sentencia de 28 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1670), en la cual se remite a otros precedentes, como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 (Caso relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica).

**OCTAVO.-** Por todo ello, las Magistradas suscribientes entendemos que debió estimarse la medida cautelar solicitada por el recurrente en su integridad.

En la Ciudad de Palma, a 14 de noviembre de 2022.

Contra la present cap recurs de reposició en el termini de 5 dies comptador des de la notificació de la present.

Així per aquesta interlocutòria ho pronunciem, manem i signem els Ilmes. Srs. Magistrats de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.