



Gobierno de Cantabria

6503 BN
/

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

22 FEB. 2010

A U T O

Ilma. Sra. Presidente

Doña María Teresa Marijuán Arias

Iltmos. Sres. Magistrados

Doña Clara Penín Alegre

Doña María Josefa Artaza Bilbao

En la ciudad de Santander, a diecisiete de febrero de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el presente recurso nº 457/09, se ha solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en suspender la ejecutoriedad de las resoluciones de la Consejera de Educación de Cantabria de 14 de abril de 2009 y el acuerdo del Consejo de Gobierno de la misma Comunidad Autónoma, de 13 de agosto de 2009, ambas objeto del recurso, en cuanto deniegan la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011, para 6 Unidades de Educación Primaria y 4 de ESO del colegio Torrevelo, cuya

titularidad ostenta la recurrente y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para que pueda impartir en régimen de concierto.

SEGUNDO: Por la parte demandada se opone a la concesión de la referida medida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El art. 130 de la nueva Ley de la Jurisdicción dispone la adopción de la medida cautelar, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, denegándose aquélla cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, ponderados de forma circunstanciada por el Juez.

Los criterios utilizados para la adopción de las medidas cautelares en la LJCA son los siguientes:

a) El criterio de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, caso de ejecutarse el acto impugnado, de tal modo que caso de no adoptarse la medida cautelar la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse devendría en una mera e inútil declaración retórica, al haber sido consumados de forma ya irreparable los efectos dañosos para quien la solicita.

b) El criterio tradicional del *periculum in mora* o ponderación del carácter irreparable o no de los perjuicios que la ejecución del acto administrativo pudiera acarrear al interesado, mientras se tramita el procedimiento jurisdiccional. Es decir, la ejecución del acto administrativo objeto de impugnación podrá tener una incidencia lesiva sobre los intereses o derechos del recurrente, de tal entidad o naturaleza que, en el supuesto de que la impugnación jurisdiccional tenga éxito, el resultado procesal obtenido

resultará inútil para reparar de manera satisfactoria la lesión producida.

c) El criterio del denominado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, criterio que debe compatibilizarse con la imposibilidad de prejuzgar, anticipar o decidir, directamente el fondo de la cuestión.

La ponderación de la nueva fórmula legal lo que revela es que, para que resulte procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, será necesario que su importancia sea contrastada con la de los intereses públicos presentes en la actuación administrativa controvertida, y en esa confrontación sea advertida una superior dimensión en el interés particular. En definitiva, se considera este criterio como el básico para la adopción de las medidas cautelares, teniendo en cuenta la lesión que para los intereses de los particulares pudieran derivarse de una eventual estimación de su pretensión, sin perjuicio de que dicho interés sea contrastado con los intereses públicos presentes en la actuación administrativa. Por su parte y en cuanto al *fumus boni iuris*, esta Sala viene recordando que su prudente aplicación limita enormemente su apreciación como determinante de la procedencia de la suspensión, por cuanto que lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con posible infracción del artículo 24 de la Constitución. Lo que significa que sólo quepa prácticamente considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

SEGUNDO: La parte recurrente argumenta que la no adopción de esta medida conllevaría la pérdida de la finalidad legítima del recurso y un daño irreparable al afectar la ausencia de

concierto a las decisiones de escolarización por parte de las familias, toda vez que se elimina la financiación pública del colegio, siendo probable que esta disminución se incremente una vez se lleve a efecto. Y ello considerando que, apartándose del procedimiento establecido, en realidad sanciona con la no renovación del concierto por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en vigor. Invocan, además, razones económicas de las familias para ejercer su derecho a la libre elección del centro y el daño irreparable en la imagen y confianza en la oferta educativa, la no perturbación de los intereses generales frente a la grave lesión que a la libertad de enseñanza amparada en el art. 27.1 CE según la STS 18-10-1990 además de la ausencia de perjuicios a los intereses de terceros. Además, invocan apariencia de buen derecho considerando automática la renovación si se dan los requisitos establecidos en la normativa.

La Administración demandada opone el carácter positivo de lo realmente solicitado, su carácter anticipado al encontrarnos en un curso escolar cubierto por el concierto educativo sin que nada se oponga a que, llegado el próximo curso, pueda volver a instarse la medida cautelar, insistiendo en la falta de acreditación de los daños que se invocan, pues la actividad del Colegio puede mantenerse en iguales condiciones y sin merma para su imagen, siendo prueba de ello el colegio femenino de Peñalabra, sin concierto educativo desde el curso 1999/2000, siendo la cuestión de fondo un tema económico y, por ende, reparable, sin que pueda acudirse al *fumus boni iuris* exclusivamente so pena de prejuzgar el fondo del asunto.

TERCERO: Ciertamente, la suspensión de la ejecutoriedad de las resoluciones objeto de autos, al consistir éstas en la denegación de la renovación del concierto instada por la entidad recurrente, no conlleva automáticamente la concesión del concierto para el próximo curso. No estamos ante una extinción anticipada del concierto vigente cuya suspensión sí podría dar lugar al mantenimiento del régimen de concierto. Lo acordado en

las resoluciones cuya suspensión se pretende es denegar la solicitud de renovación. Su suspensión conlleva que no se deniega la solicitud pero no que se conceda. Lo que realmente se está solicitando, por tanto, es la adopción de una medida positiva, consistente en que el Tribunal, suplantando en cierto modo la actuación de la Administración, adelante el pronunciamiento sobre el fondo y conceda el concierto educativo instado para el curso 2010/2011, curso que todavía no ha comenzado.

La Sala ya se ha pronunciado sobre el carácter excepcional del principio del *fumus boni iuris*, máxime el carácter sesgado con que se utiliza en la petición de la medida cautelar. Por su parte, las medidas cautelares positivas, si bien podrían ser posibles formuladas adecuadamente, las mismas resultan altamente excepcionales cuando con las mismas se adelanta el pronunciamiento de fondo, como es el caso.

Llegados a este punto, lo esencial es la irreparabilidad del daño y la ponderación de los intereses en juego. En primer lugar, el centro podrá seguir impartiendo clases. Que se vaya a producir una reducción de matrículas es pura elucubración, pues el paralelo colegio de Peñalabra lleva sin concierto varios años, lo que pone en duda igualmente cualquier perjuicio sobre la imagen del centro, máxime cuando ésta es una cuestión de convicciones y no económica. Por su parte, la repercusión de la ausencia de financiación pública recaerá sobre terceros, las familias, no sobre el centro, y siendo una cuestión de índole económica, se trata por naturaleza de un daño reparable (ver en este sentido, STS, Sala 3ª, sec. 4ª, 26-5-2009, rec. 5465/2006). Máxime cuando este efecto se producirá en el futuro y para el próximo curso, pues el actual está cubierto por la prórroga anual del concierto. Dada la evidente reparabilidad del daño, esta Sala concluye que en la ponderación de interés en juego debe prevalecer el público frente al incierto, futuro y principalmente económico esgrimido por el centro.



En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA: Denegar la medida cautelar instada.

Notifíquese la presente resolución a todas las partes.

Librese testimonio de la presente a la Administración autora del acto para su conocimiento, interesando acuse de recibo en diez días.

Contra esta resolución cabe recurso de súplica ante esta Sala en el plazo de CINCO DIAS desde su notificación, debiendo acompañar el documento que acredite el ingreso de 25 EUROS en la cuenta de consignaciones de esta Sala en Banesto con el número 3875-0000-85-0547-09, debiendo especificar en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" seguido del código "20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 €)", y en el campo de observaciones, la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa. Los ingresos deberán ser individualizados para cada resolución recurrida, con el apercibimiento de que no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Así por nuestro Auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA.- El mismo día se libra el testimonio acordado; doy fe.