

**Juzgado de lo Contencioso-
Administrativo nº 17 de Madrid**

C/ Gran Vía, 19 - 28013

45036340

NIG: 28.079.00.3-2013/0026959

Pieza de Medidas Cautelares 531/2013 - 01 (Procedimiento Abreviado) M

Demandante: Dña. [REDACTED]

LETRADO D.. JAVIER TRUCHERO CUEVAS

Demandado: CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA
COMUNIDAD DE MADRID

AUTO Nº 70/14

En Madrid, a 12 de marzo de 2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Letrado Sr. Truchero Cuevas, en nombre y representación de D^a [REDACTED] por medio de otrosí, en el escrito de demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Viceconsejería de Organización Educativa de la Comunidad de Madrid de 17 de octubre de 2013 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 2 de Agosto de 2013 por la que se deniega la prórroga de la comisión de servicios de carácter humanitario que venía disfrutando

Madrid, solicitó la medida cautelar de “suspensión de la medida adoptada por la Comunidad de Madrid, habilitando los mecanismos que sean necesarios para permitir el desplazamiento a la citada comunidad autónoma” de la recurrente.

SEGUNDO. Acordada la formación de la correspondiente pieza separada, se dio audiencia, por el plazo de diez días, a la representación de la Administración demandada que presentó escrito en el que suplica que se rechace la solicitud o, subsidiariamente, se condicione a la constitución de caución.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la tutela cautelar puede resumirse en los siguientes términos siguiendo el Auto de 21 de septiembre de 2004 (Pte: Exmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo):

"A) 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, LJCA, en adelante), "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 tal medida aquél 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.

B) 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 la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta por parte del Tribunal de los siguiente criterios:

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. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) *Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).*

c) *El periculum in mora. Conforme al artículo 130.1 LJCA: "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". Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.*

d) *La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.*

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:

"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 las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario,

Valverde), “con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *“numerus apertus”*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a *“cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”*.”.

SEGUNDO. Se pide aquí una medida cautelar positiva en tanto en cuanto la suspensión de la denegación de prórroga equivale al otorgamiento provisional de la prórroga denegada por la Administración. Superada la vieja doctrina que no admite este tipo de medidas –y que tiene su origen y su razón de ser en las denegaciones de licencias urbanísticas en donde el riesgo de los perjuicios derivados de la medida cautelar habrían de superar los beneficios- por la práctica jurisprudencial con base en la regulación de las medidas cautelares contenida en la vigente Ley de la Jurisdicción y en el artículo 24 de la Constitución, se hace necesario considerar, además de los elementos esenciales antes referidos, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre las más recientes, Sentencias del Sala 3ª, sec. 3ª, Tribunal Supremo de 3 de diciembre 2013 (rec. 4586/2012) y, de la sec. 4ª, de 15 de enero de 2014 (rec. 1475/2013), la existencia de un indicio o apariencia de buen derecho.

Pues bien, el peligro en la demora se evidencia en la causa de la comisión de servicios “por motivos excepcionales y humanitarios”, cuya prórroga se deniega, y que no es otra que hallarse la interesada a cargo de su madre de 94 años de edad “cuyo estado de salud le impedía vivir sola o incluso valerse por sí misma”, hecho que no es negado por la Administración, constando en el expediente la oportuna documentación acreditativa de ello. Teniendo en cuenta esta circunstancia, es evidente que la demora en el pleito habría de provocar, sino la pérdida de toda eficacia útil de la sentencia sí, al menos, una merma muy significativa de la misma al tener que adoptar la recurrente medidas alternativas para el cuidado y atención de su madre durante el periodo de pendencia.

Sin embargo, no basta con ello. Como veíamos, la intensidad del peligro en la demora debe completarse con la ponderación de los intereses en presencia. La Administración demandada, en este trámite incidental, invoca el interés representado por aquellos que potencialmente pueden acceder a plazas por concurso y, por tanto, valorándose su mérito y capacidad. Se trata, sin embargo, de una genérica invocación sin concreción alguna representativa de un interés difuso. Por un lado, porque no consta que el puesto que ha venido desempeñando la recurrente haya sido sacado a concurso –de modo que, como

dice la misma en su escrito de demanda, habrá de ser cubierto por personal interino-. Por otro, porque dado el tiempo en que la recurrente ha venido desempeñando el puesto de trabajo en comisión de servicios –cuatro años según la recurrente-, teniendo en cuenta lo antes dicho, la invocación de la excepcionalidad del sistema de provisión por comisión de servicios y de los principios de mérito y capacidad en contra del interés de la recurrente se antoja superflua.

Una singular dificultad, en relación con la “finalidad legítima del recurso” presenta la prohibición contenida en el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional de “determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. Sin embargo, y sin necesidad de entrar en la noción de “contenido discrecional”, por un lado, este precepto ha sido interpretado en el sentido de que no impide que si las opciones quedan reducidas a una sola –se elimina la discrecionalidad- el Tribunal declare que se ejercite tal opción, y, por otro, la anulación del acto discrecional determinaría la eficacia de la situación jurídica anterior –removida por tal acto- hasta –al menos- el dictado de un nuevo acto que lo sustituya.

No puede dejar de expresarse que la discrecionalidad, que invoca la Administración, no es libertad “pura” sino “indiferencia jurídica”, “libertad de elección entre indiferentes jurídicos”; y que una decisión discrecional no puede fundarse precisamente en la naturaleza de la potestad sino en las razones que, en el ejercicio de la misma, han llevado a una determinada opción.

Esto enlaza con la sumaria y provisional valoración que representa la apariencia de buen derecho. Sin prejuzgar lo que en su día haya de resolverse, no nos ofrece la Administración razón para modificar el statu quo que ella misma ha creado y mantenido durante varios años; y, atendiendo al normal desarrollo del estado de la madre de la interesada, parece obvio que la causa de la concesión y sucesivas prórrogas de la comisión de servicios no sólo no ha desaparecido sino que se ha intensificado.

Finalmente, en cuanto a la necesidad de contracautela, ni se concreta ni se cuantifica el perjuicio que habría de provocar la adopción de la medida interesada –y que a salvo amortización del puesto de trabajo o que quede sin cubrir es inexistente o mínimo-.

En conclusión, las peculiares circunstancias concurrentes en el caso examinado, siempre bajo la perspectiva que ordena el artículo 24 de la Constitución, conducen a la adopción de la medida cautelar interesada.

TERCERO. En materia de costas, la naturaleza y razón de ser del incidente cautelar, de enjuiciamiento sumario o limitado, así como la posición y actuación procesal de las partes en defensa adecuada de intereses opuestos y, sin embargo, legítimos, determinan la no imposición de las costas de este incidente de acuerdo con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, tras la nueva redacción dada por el artículo 3.11 de Ley 37/2011, de 10 octubre.

Por todo ello.

DISPONGO

Que estimando la solicitud de medida cautelar presentada por el Letrado Sr. Truchero Cuevas, en nombre y representación de _____ debo acordar y acuerdo la suspensión de la ejecución de los actos impugnados, accediendo provisionalmente a la prórroga de la comisión de servicios de la que venía disfrutando la recurrente en el _____ de Madrid, sin necesidad de prestar caución.

Sin imposición de las costas causadas en este incidente.

Comuníquese la presente resolución al órgano administrativo autor de la resolución recurrida.

Notifíquese a las partes indicándoles que esta resolución es susceptible de recurso de apelación –que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de quince días contados desde el siguiente al de la notificación– ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Así lo acuerdo, mando y firmo. Alfonso Rincón González-Alegre