

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 2 DE MURCIA

Auto 119/2020, de 3 de junio de 2020

Rec. n.º 138/2020

SUMARIO:

Empleados públicos de la Administración Regional de Murcia que han venido prestando sus servicios profesionales en la modalidad de teletrabajo. Solicitud como medida cautelar de la suspensión de la orden por la que se establece la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en la prestación de servicios públicos, al estar vigente el carácter prioritario del teletrabajo, hasta 3 meses desde el fin del estado de alarma, en función de lo establecido por el Ministerio de Sanidad.

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, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil. La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del tribunal, que puede resumirse en los siguientes puntos: 1.- 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 baste una mera invocación genérica. 2.-Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. 3.-El *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso 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. 4.-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. 5.-La doctrina de la apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris* permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. En el caso, procede denegar la petición de suspensión solicitada por el recurrente, ya que alega pero no acredita, aún por indicios, los daños y perjuicios irreparables o de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución recurrida podría acarrear para el Sindicato recurrente o sus afiliados; careciendo las alegaciones vertidas de la consistencia suficiente, por su carácter genérico e inconcreto, como para convencer de la irreparabilidad de los perjuicios que se alegan. Además, no se aprecia la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho. El análisis de lo alegado a tal efecto supondría entrar a conocer del fondo del asunto, lo que está prohibido en este momento. Finalmente, en la ponderación de los intereses en conflicto, el público, de que se ejecute la resolución recurrida habida cuenta el contexto en que se dicta, debe prevalecer sobre el particular de la parte recurrente, de que se suspenda, al no estimar que las razones alegadas permitan primar a este sobre aquel. Dada la vigencia temporal de la resolución recurrida, la suspensión hasta la firmeza de la sentencia, que en su momento se dicte, equivaldría a la estimación del recurso, obteniéndose por vía de medida cautelar lo pretendido con aquel. Y si bien es cierto que ejecución de la resolución podría hacer perder al recurso su finalidad, dada la vigencia temporal mentada, no hay que olvidar que, en la ponderación de los intereses, el público debe prevalecer sobre el particular en atención a las circunstancias referidas.

PRECEPTOS:

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 129, 131 y 135.

PONENTE:

Don Juan González Rodríguez.

AUTO

Murcia, tres de junio de 2020.

Dada cuenta y,

I. HECHOS**Primero.**

El día 25-5-2020 el Letrado D. SANTIAGO ALEJO MORALES, en nombre y representación del SINDICATO "CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS" (CSIF), recurrió la orden de 2-5-2020 de la CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA Y HACIENDA DE LA REGIÓN DE MURCIA por la que se establece el procedimiento y las medidas organizativas para la recuperación gradual de la actividad administrativa presencial en la prestación de servicios públicos en el ámbito de la Administración Pública de la Región de Murcia, (BORM num. 102 de 5 de mayo); solicitando por otrosí, como medida cautelar, "que se acuerde de forma URGENTE e INAUDITA PARTE la MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN del acto administrativo recurrido conforme a lo establecido en el art. 135.1 en relación con el art. 131 ambos de la LJCA , a fin de que los empleados públicos de la Administración Regional de Murcia que han venido prestando hasta la fecha sus servicios profesionales en la modalidad de teletrabajo a raíz de la declaración del estado de alarma puedan continuar haciéndolo, sin obligación de acudir presencialmente a sus centros de trabajo, hasta tanto así lo establezca el Ministerio de Sanidad en las sucesivas normas que dicte regulando las fases de desescalada a causa de la epidemia de COVID-19".

Segundo.

Por auto de 27-5-2020 se acordó no acceder a la medida pedida ex art. 135 LJCA y acordar su tramitación conforme al art. 131 LJCA, oyendo a la parte demandada por plazo máximo de 5 días.

Tercero.

Las alegaciones se presentaron el 1-6-2020.

II.-RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**Primero.**

La petición planteada en la demanda se funda, (como se dijo en el auto de 27-5-2020), en que: -las medidas que se prevén en la orden "han sido impuestas otorgando preferencia al trabajo presencial frente al telemático, lo que contraviene las normas establecidas por las autoridades sanitarias, y conlleva poner en riesgo de contagio a 5.000 empleados públicos, con posibilidad de expansión de la epidemia, hecho que afecta tanto a trabajadores como a la ciudadanía"; -conforme a la normativa estatal "el carácter prioritario del teletrabajo se mantendrá vigente hasta 3 meses desde el fin del estado de alarma. Y ello sin que, a día de hoy, se haya dado orden distinta, relativa a la referida preferencia por el teletrabajo, por el Ministerio de Sanidad";

- "Así mismo, debe atenderse a la urgencia que concurre en la solicitud de tutela cautelar teniendo en cuenta la evidencia de una pandemia internacional declarada, así como por la circunstancia de que la entrada en vigor de la reincorporación que se fija en la Resolución se produce al día siguiente de la Fase 1 del Plan para la

transición hacia la nueva normalidad, produciéndose en la semana siguiente la reincorporación del personal que comparta despachos o salas, excepto los de atención directa al público. Es decir, conforme a la resolución indicada ya se habría producido la reincorporación del personal que comparte despachos o salas";

-concorre el presupuesto del "periculum in mora" porque "La falta de adopción de la medida cautelar en tanto se tramita el procedimiento supondría causar perjuicios de imposible o difícil reparación derivados de la posibilidad de contagio y propagación de la enfermedad respecto al personal de la Administración de la Región de Murcia y sus organismos autónomos que pueden prestar servicios de forma telemática. Por otro lado, la anulación, en su caso de la resolución, podría conllevar la imposibilidad de ejecutar la sentencia y ello porque nos encontramos ante medidas que son objeto de actualización permanente en función del modo en el que se desarrolle la pandemia"; -en la ponderación de los intereses en conflicto el derecho fundamental a la integridad física y a la protección de la salud de los trabajadores ha de primar frente a la reincorporación presencial.

Segundo.

La parte demandada opone: -la incompetencia de jurisdicción y la competencia de la jurisdicción social para conocer del recurso; -la incompetencia objetiva de este Juzgado y la competencia de la SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO DEL TSJ-MURCIA para su tramitación; -la falta de legitimación activa "ad causam" del CSIF para la interposición del recurso; -la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos; -la apariencia de buen derecho de la actuación administrativa; -que en la ponderación de los intereses en juego la adopción de la medida perturbaría los intereses generales; -que la adopción de la medida agotaría la pretensión del recurso así como la sentencia que pudiera dictarse pues a través de aquella se pretende resolver el fondo del asunto dejando vacío de contenido tanto el litigio como la sentencia que pueda dictarse.

Tercero.

Conforme a una consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, reseñada, entre otros muchos, en el auto de 6-4-2017, recurso 202/2017, 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, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como dice expresamente el art. 129 de la LJCA, asegurando la efectividad de la sentencia. Por ello el "periculum in mora" forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 de la CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del art. 122 LJ de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado "fumus boni iuris" o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20-12-1990. 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 art. 24.1 de la CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19-6-1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

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 de criterios por parte del tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en 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. Como señala un ATS de 3-6-1997, recurso 1297/1991: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar comprobado, 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 baste una mera invocación genérica.

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. 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"

c) El "periculum in mora", constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, 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. Si bien 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) 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. 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, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto", (ATS 3-6-1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho, ("fumus boni iuris") supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar».

La LJCA no hace expresa referencia al criterio del "fumus boni iuris" cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, y como también viene diciendo constantemente el TS, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos, (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14-4-1997, recurso 573/1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada

nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya 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, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la 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", (AATS 22-11-1993, recurso 420/1990, y 7-11-1995 y STS de 14-1-1997, y muchas resoluciones posteriores, entre las más recientes, ATS de 29-9-2016, recurso 4871/2016).

Cuarto.

Aplicada la doctrina jurisprudencial antes expuesta al presente caso, procede denegar la petición de suspensión solicitada por el recurrente porque:

1.-La parte recurrente alega pero no acredita, aún por indicios, los daños y perjuicios irreparables o de difícil o imposible reparación que la ejecución de la resolución recurrida podría acarrear para el Sindicato recurrente o sus afiliados; careciendo las alegaciones vertidas de la consistencia suficiente, por su carácter genérico e inconcreto, como para convencer de la irreparabilidad de los perjuicios que se alegan.

2.-No se aprecia la concurrencia de los presupuestos para la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho. El análisis de lo alegado a tal efecto supondría entrar a conocer del fondo del asunto, lo que está prohibido en este momento.

3.-En la ponderación de los intereses en conflicto, el público, de que se ejecute la resolución recurrida habida cuenta el contexto en que se dicta, debe prevalecer sobre el particular de la parte recurrente, de que se suspenda, al no estimar que las razones alegadas permitan primar a éste sobre aquél.

4.-Dada la vigencia temporal de la resolución recurrida, la suspensión hasta la firmeza de la sentencia, que en su momento se dicte, equivaldría a la estimación del recurso, obteniéndose por vía de medida cautelar lo pretendido con aquél. Y si bien es cierto que ejecución de la resolución podría hacer perder al recurso su finalidad, dada la vigencia temporal mentada, ya hemos dicho que en la ponderación de los intereses, el público debe prevalecer sobre el particular en atención a las circunstancias referidas.

III.-PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto se acuerda no acceder a la medida cautelar pedida.

Este auto es recurrible en apelación ante este Juzgado en el plazo de 15 días, computado en la forma prevista en el art. 2 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, BOE num. 119, de 20 de abril.

Para la admisión del recurso es preciso acreditar la consignación en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre de este Juzgado con el num. 3064, código 22, en la entidad bancaria BANCO DE SANTANDER de la cantidad de 50 euros, estando exentos quienes gocen del beneficio de justicia gratuita, el Mº. Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependiente de todos ellos; sin perjuicio de la tasa legalmente procedente.

Así por este mi auto, lo acuerdo y firmo. JUAN GONZALEZ RODRIGUEZ, Magistrado-Juez Titular, por sustitución reglamentaria, del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Murcia. Doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ LA LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.