



JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 5

MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N66060

AVDA. LA JUSTICIA S/N 30011 MURCIA (CIUDAD DE LA JUSTICIA FASE I). -DIR3:J00005740
968. 81. 71.76

Equipo/usuario: MEG

N.I.G: 30030 45 3 2018 0001717

Procedimiento: PMU PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARISIMAS 0000249 /2018 0001 DF DERECHOS FUNDAMENTALES 0000249 /2018

Sobre DERECHOS FUNDAMENTALES

De D/ña: ANGEL LUIS HERNANDEZ GARCIA

Abogado: FERNANDO ANTONIO LOSANA PERALES

Contra D/ña: CONSEJERIA EDUCACION CARM

Abogado: LETRADO DE LA COMUNIDAD.

JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NUM. CINCO DE MURCIA.-

PROCEDIMIENTO: MEDIDAS CAUTELARISIMAS 249/2018.-

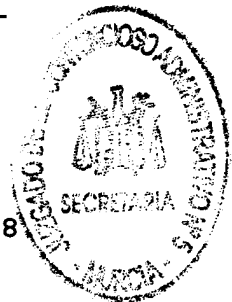
AUTO.-

Murcia, veintiuno de junio de 2018

Dada cuenta y,

I.-HECHOS.-

UNICO.- En este Juzgado ha tenido entrada escrito presentado por el letrado D. Fernando Losana Perales, en nombre y representación de D. Ángel Luis Hernández García, formulando demanda de recuso contencioso- administrativo por la vía especial del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra su inadmisión para el proceso selectivo convocado por la CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA, determinado por la Resolución de 18 de junio de 2018 dictada por la Dirección General de Planificación Educativa y Recursos Humanos, por la que se aprueba la Relación Definitiva de Aspirantes Admitidos y Excluidos a los Procedimientos Selectivos para Ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanzas Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores de Artes Plásticas y Diseño convocado por Orden de 6 de abril de 2018, solicitando por otrosí, como medida cautelar ex. art. 135 LJCA, su inclusión provisional para la participación en el examen programado del proceso selectivo al



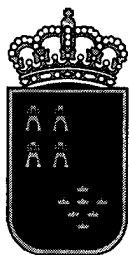


que se presentó el demandante a celebrar el próximo día 23 de junio de 2018, sin perjuicio de reserva de nota y posterior valoración si se demostrase la vulneración del Derecho Fundamental alegado.

II.-RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.-

Primero.- Establece el artículo 135 de la LJCA que "Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales". De la dicción literal del precepto se infiere que apreciadas circunstancias de urgencia, si concurren los requisitos establecidos en el artículo 130 de la Ley Rituaria para la adopción de medidas cautelares, se acordarán las mismas, sin dar traslado previo a la parte contraria. En este caso, las pruebas del proceso selectivo se inician en menos de 48 horas, de forma que la situación ofrece la especial urgencia que requiere el artículo 135 para adoptar medidas cautelares. A su vez, por la evidente urgencia, este Magistrado - Juez resolverá la medida urgente interesada, sin perjuicio de acordar al propio tiempo que se abra trámite por posible falta de competencia objetiva.

Segundo.- La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite expresamente la adopción de cuantas medidas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129) siempre que, valorados todos los intereses en conflicto, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad al recurso (art. 130-1). En todo caso, la medida cautelar podrá denegarse cuando de la misma pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, que el Juez o Tribunal debe ponderar de forma circunstanciada (art.130-2).Dicho precepto debe interpretarse en íntima conexión con el principio de eficacia de la actuación administrativa recogido en el art. 103.1 de la Constitución, así como los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que establecen que los actos de las Administraciones Públicas deban ser inmediatamente ejecutivos.. En lógica consecuencia, su impugnación ante la

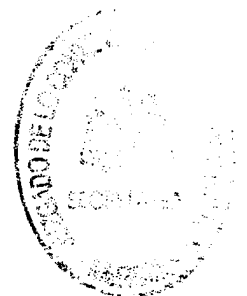




propia Administración primero y ante los órganos judiciales después, no produce la suspensión automática de la ejecución sino, muy al contrario, la regla general debe ser mantener la eficacia del acto o disposición administrativa impugnados, y la excepción su suspensión.

Sentado lo anterior, de la exégesis del precepto se infiere que es presupuesto ineludible("únicamente") para la adopción de las medidas cautelares, por un lado, la apreciación de un riesgo cierto de lesión jurídica en el derecho cuya protección se impetra de imposible o muy difícil reparación, derivado de la pendencia del proceso o del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora"), de modo que se quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución y, de otro, que apreciada la premisa anterior, deben ponderarse los intereses en conflicto y valorar como elemento impeditivo u obstativo la perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

A los referidos criterios para la adopción de las medidas cautelares, recogidos singularmente en la Ley 29/1998, debe añadirse la apariencia del derecho, con la consiguiente, probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris"), presupuesto no excluido de la Ley de la Jurisdicción, que ha sido considerado expresamente por los Tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la CEE, y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico como principio general de derecho, al encontrarse implícito en la misma esencia de la Justicia. En este caso, esta es una de las justificaciones ofrecidas para solicitar la medida cautelar. Ahora bien, la consideración de la apariencia de buen derecho como presupuesto para la adopción de medidas cautelares se encuentra condicionado a la concurrencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión (STS de 22 de junio de 2004); y a que el acto recurrido se hubiera dictado en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, o existiera una sentencia que hubiera anulado el acto, o un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración hubiera opuesto una cierta resistencia, que no es el caso. No puede aplicarse cuando se invoque la nulidad de un acto o disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo -por primera vez- sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el mismo (STS de 7 de julio de 2004). En este caso, la apariencia de un buen derecho en las pretensiones, argumentado por la recurrente para sostener la procedencia de la medida cautelar, no es un criterio aceptable, pues supondría prejuzgar la cuestión de fondo con "ligereza", valorando las posiciones jurídicas de las partes sin el imprescindible apoyo que supondrá el desarrollo del proceso en todos sus trámites.





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Tercero.- Sentado lo anterior, el acto administrativo recurrido es un acto de contenido negativo. Se inadmite al demandante para que figure como aspirante en una prueba selectiva para acceder a profesor titular de educación secundaria. Además, siendo profesor interino, su participación en el proceso selectivo es necesaria para para continuar formando parte de la bolsa de trabajo de interinos. En cuanto a la posibilidad de acordar la suspensión de actos negativos, como el objeto de litigio, la regla general es su no suspensión por cuanto que ello implica realizar una declaración de naturaleza positiva concediendo lo solicitado en el recurso principal. Ahora bien, ello es la regla general, que no impide que en determinados supuestos en que lo exija la tutela judicial efectiva, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de recurso puedan hacer perder la finalidad legítima al mismo, y que en la ponderación de los intereses en conflicto deban prevalecer los intereses del recurrente, deba de accederse a la suspensión de un acto negativo y acordar la medida cautelar positiva; así lo ha entendido el *Tribunal Supremo* entre otras en la *Sentencia de 8 de mayo de 2003* en un supuesto de denegación de visado de entrada. Por otro lado, como señala el *Tribunal Supremo* en *sentencia de fecha 15 de octubre de 2012* : "cuando se postula una medida cautelar positiva la valoración de las circunstancias concurrentes para determinar su procedencia reviste un perfil singular, en particular en lo que se refiere a la apreciación del periculum in mora, y ello porque la adopción de la medida no supone el mantenimiento de la situación existente sino su modificación, de manera que puede ser precisamente la adopción de la medida - y no su denegación- la que haga perder al litigio su finalidad". Resulta también conveniente traer a colación la *sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril* , donde formula la siguiente doctrina: "Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo ("periculum in mora") y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus boni iuris") y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada".

Trasladando esta doctrina al caso enjuiciado, procede acceder a la medida cautelar positiva interesada. Están acreditados los perjuicios de imposible reparación. La situación jurídico -administrativa del recurrente si no participa en el proceso selectivo y finalmente se entiende que se ha vulnerado su derecho fundamental de acceso a la función pública sería imposible de definir sin afectar al propio interesado y a terceros. ¿Se debe realizar una nueva convocatoria solo para el interesado?, ¿ se le admite en la





lista de interinos?; con qué puntuación?. Los problemas de ejecución de un fallo estimatorio de la demanda no se limitan a cuantificar el daño. Eso parece lo más sencillo(el salario dejado de percibir).Lo que resulta más complejo de encajar es cuál es su situación jurídico -administrativa como aspirante a ser profesor, esto es, como se compensa la pérdida de oportunidad. Por ello, valorando los intereses en conflicto, lo más aconsejable es permitir que el interesado participe en todas las fases del proceso selectivo, con carácter provisional y a resultas de la sentencia que se dicte en este proceso judicial. Eso sí, la medida cautelar tendrá ese limitado alcance, la participación en el proceso selectivo y su derecho a ser evaluado. **Una vez concluido el proceso selectivo y determinados los nuevos profesores titulares y la nueva lista de interinidad, esta medida cautelar no tendrá eficacia alguna en los mismos.** De lo contrario se afectaría a terceros que podrían verse privados de una plaza de profesor titular o de interino por ser concedida al demandante sin que finalmente tenga derecho a ello. Ese perjuicio para el ahora demandante siempre se podrá indemnizar económicamente, sin mayores problemas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

III.-PARTE DISPOSITIVA.-

Acuerdo acceder a la medida cautelar solicitada disponiendo que se permita que D. Ángel Luis Hernández García participe en el proceso selectivo a iniciar el próximo 23 de junio de 2018, para Ingreso en los Cuerpos de Profesores de Enseñanzas Secundaria, Profesores Técnicos de Formación Profesional, Profesores de Música y Artes Escénicas y Profesores de Artes Plásticas y Diseño convocado por Orden de 6 de abril de 2018 de la CONSEJERIA DE EDUCACION, JUVENTUD Y DEPORTE DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE LA REGION DE MURCIA, con carácter provisional y a resultas de la sentencia que se dicte en este proceso judicial, con el alcance limitado establecido en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, por razones de urgencia y sin oír a la parte contraria.

Se da audiencia a Administración demandada para que alegue lo que estimen procedente en el plazo de tres días a contar desde el día siguiente al día de notificación de esta resolución.

Esta resolución es firme por disponerlo así el artículo 135 de la LJCA.

Así por este su auto, lo acuerda, manda y firma S.Sª Ilma. D. Juan Manuel Marín Carrascosa, Magistrado-Juez por sustitución reglamentaria del Juzgado Contencioso Administrativo nº Cinco de Murcia.

E/.

