

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33016330

NIG: 28.079.00.3-2015/0011998



(01) 30347196915

Pieza de Medidas Cautelares 870/2015 - 01 (Procedimiento Ordinario)

De: COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERIA DE CASTELLON

PROCURADOR D./Dña. JESUS IGLESIAS PEREZ

Contra: CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERIA DE ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña. MARAVILLAS BRIALES RUTE

A U T O N°

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. FAUSTO GARRIDO GONZÁLEZ

D. ALFONSO RINCÓN GONZÁLEZ-ALEGRE

En Madrid, a veintidós de junio de dos mil quince.

HECHOS

PRIMERO: La parte recurrente **COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE CASTELLÓN**, solicitó con su escrito de interposición de recurso contencioso administrativo contra los acuerdos números 1/2015 y 2/2015 de la comisión ejecutiva del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, la medida cautelar inaudita parte, o subsidiariamente, contradictoria, de suspensión del proceso electoral convocado por dichos acuerdos.

SEGUNDO: Por auto de fecha 17 de junio de 2015 se denegó la medida cautelar sin oír a la otra parte y se acordó a su vez continuar la sustanciación del incidente con la formación de la pieza separada de conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

TERCERO.- Oída la Defensa del colegio demandado, éste se opuso a la adopción de tal medida.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Magistrado Don José Arturo Fernández García

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La Ley 29/1.998 de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, lleva a cabo una nueva regulación de las medidas cautelares con introducción de las construcciones elaboradas por la Doctrina y la Jurisprudencia (SSTC 14/92, 238/92 y 148/92) respecto a dicha institución básica de esta Jurisdicción especial, configurándola como una parte del derecho fundamental a la obtención de la efectiva tutela judicial (art. 24 CE). Aparte de establecer la posibilidad de solicitar y obtener cualquier tipo de medida cautelar, además de la tradicional de la suspensión de la ejecución del acto o aplicación de la disposición(art. 129), el citado legislador de 1998 señala, en el apartado primero del art. 130, que “ 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”. Igualmente, el párrafo segundo prevé : “la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”. El artículo 133.1 LJ indica : “Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos”.

A la vista de dichos preceptos legales, para adoptar esa medida cautelar es necesario que se tengan en cuenta y valoren todos los intereses en conflicto, partiendo del presupuesto previo de la pérdida de la finalidad del recurso, es decir, evitar que la resolución que ponga fin al mismo carezca en ese momento de contenido, lo cual, lógicamente, violaría el derecho a la tutela judicial del recurrente. El legislador exige dicho requisito como causa única y primera para adoptar una medida cautelar que reste momentáneamente de eficacia a una actuación administrativa que legalmente es ejecutiva, es decir, se presume legal y no requiere decisión judicial que la declare, ni para que se pueda hacer efectiva de forma coactiva (los denominados Privilegios de Autotutela, tanto declarativa como ejecutiva). No obstante ello, el propio legislador establece que, aunque concurra ese primer presupuesto, que ha de acreditarlo la parte solicitante de la medida cautelar(SSTs 16-IX-1996, 15-IV-

1998 y 29-V-1998, no se ha de adoptar si ello pudiera causar una grave perturbación del interés general. Una vez que el recurrente haya acreditado con los medios de prueba legalmente a su alcance ese elemento fáctico, se deberá ponderar, igualmente, si la adopción de esa medida puede perturbar o no gravemente el interés general.

Por todo ello, el Juzgador, apreciando de forma razonada todos los intereses en juego, confrontará esos dos presupuestos indicados por el legislador, pero primeramente ha de ser la parte que solicita la medida quien prueba ese primer elemento básico recogido por el citado apartado primero del art. 130. En resumen, es esencial siempre una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en juego (Autos T.Supremo de 6-IV-1999, y 13-IV-2000 y sentencia de 12 de junio de 2001), al objeto de aunar el principio de la efectividad de la decisión judicial y el principio de eficacia administrativa.

El Tribunal Constitucional mantiene el criterio de que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), subrayando que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". En definitiva, "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril).

En esta misma línea el Tribunal Supremo establece que "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (Autos de este tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

Como resumen de todo lo expuesto, procede transcribir los siguientes pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de diecisiete de Diciembre de dos mil diez, recurso de casación nº 1287/2010, que son aplicables a este caso : *“ A estos efectos, cabe recordar que la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso, según dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), y que se transcribe en el auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004), 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*

señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso - administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), 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.

La decisión sobre 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 LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente 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 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 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" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

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 de junio de 1997, entre otros muchos).*

e) *La apariencia de buen derecho (fumus bonis 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 LJ no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728 .

No obstante, 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 de abril de 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 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 “.

Los presentes presupuestos jurídicos son los que hay que tener en cuenta para pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas

SEGUNDO.- La parte recurrente señala en su escrito presentado el 17 de junio de 2015 que con la segunda resolución impugnada, publicada el 5 de junio de 2015, se abre un período electoral cuya votación está prevista para el 24 de junio de 2015, en el que se ha concedido a los candidatos un plazo de 8 días que concluyó el día 13 de junio para presentar candidatura y avales de 15 colegios; de forma que esta premura de tiempo es gravoso para poder conseguir esos avales, más cuando este proceso tiene su causa en una sentencia del Tribunal Supremo que declara al presidente del colegio general demandado electo inhábil para tal cargo . Además, la comisión ejecutiva, como establecen los estatutos debió de cesar en el momento en que cesa el presidente que designó a sus miembros, lo que supone abrir ad hoc un proceso electoral sin que se puedan presentar otras candidaturas distintas de las de ese señor y así el mismo pueda volver a presentarse y salir presidente de nuevo. La demora viene determinada porque es la segunda vez que el alto tribunal declara la inhabilidad de dicha persona para ser presidente.

En segundo lugar, alega la citada proponente de la medida cautelar que en este caso concurre una apariencia de buen derecho dado que a tenor de la composición de la comisión directiva y su vinculación con el presidente que se establece en los artículos 29.8 y 33 de los estatutos, en tanto que cesa el presidente han de cesar automáticamente los miembros de dicha junta directiva nombrados por él. En este caso no sólo no ha cesado dicha comisión, sino que convoca un proceso electoral usurpando funciones del pleno y lo controla con el fin de que salga de nuevo presidente esa persona inhábil. A tenor de la convocatoria, es esa comisión directiva quien se arroga la potestad de revisar y controlar las actuaciones del proceso electoral. La adopción de la medida no causaría ningún perjuicio al colegio demandado ya que cesado el presidente debe cesar ipso iure la comisión ejecutiva.

El colegio demandado, en fase de alegaciones, se opone a la medida cautelar porque considera que con ella se pretende ocultar a este Tribunal que el presidente del colegio recurrente ha intentado presentarse a las presentes elecciones y no ha conseguido cumplir los requisitos exigidos en los estatutos, concretamente obtener los apoyos colegiales previstos en éstos. Por ello, intenta boicotear ahora este proceso electoral en que ya ha intervenido. Con las resoluciones recurridas se pretende dar cumplimiento a la citada sentencia de 19 de mayo de 2015, recurso de casación nº 2344/2013, dando por terminado el anterior proceso de 2011 en cuanto al nombramiento de presidente y convocando nuevas elecciones para la provisión de dicho cargo. Esa medida cautelar se ha formulado con abuso de derecho y fraude procesal. Por ello, es de aplicación la doctrina de los actos propios. Además, no existe daños ni periculum in mora para la actora, y contrariamente a lo expuesto se han presentado hasta tres candidaturas. Además, los requisitos y plazos de los proceso electores se recogen en los artículos 28 y 29 de los estatutos. Por otro lado, ese acto de convocatoria no se trata de un acto de trámite que reúna los requisitos exigidos en el artículo 25.1 de la LJCA para su impugnación autónoma. Además, de acoger la pretensión de suspensión se produciría un bloqueo institucional del consejo general de difícil solución.

TERCERO.- A la vista de los preceptos legales y doctrina interpretativa de los mismos arriba expuestos, y como se ha señalado en el fundamento primero, el requisito primero que se ha de acreditar para poder adoptarse una medida cautelar como la pretendida por la parte recurrente es determinar si su no adopción le causa a la misma un daño irreparable, en el sentido de que la posterior y posible anulación de los actos impugnados impediría restituir esa situación a su estado anterior a dichas resoluciones, de modo que su recurso ya carecería de sentido pues la sentencia que lo resolviera de forma definitiva, en el caso de que se estimara su pretensión, sería de imposible cumplimiento. Incluso si se acreditara este primer y necesario motivo, podría denegarse la medida cautelar solicitada si su adopción pudiera causar grave perturbación para los intereses generales.

En el presente caso, el primer acto recurrido, resolución nº 1/2015 de la comisión directiva del colegio demandado, acuerda en el marco del proceso electoral convocado en 2011, y en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015, inadmitir, al no reunir los requisitos exigidos en esa convocatoria, la candidatura de don Máximo González Jurado para el cargo de presidente. Como consecuencia de ello se da por finalizado ese proceso electoral de 2011 exclusivamente en lo que respecta a la elección del

cargo de presidente, declarando vacante dicho cargo, ratificando, en cumplimiento de la misma sentencia, la plena conformidad a derecho de la resolución nº 6/2011 de esa misma comisión ejecutiva y con ello los cargos del pleno por la misma proclamados electos. En el segundo acuerdo impugnado, resolución nº 2/2015 de ese mismo órgano, se convoca elecciones para la provisión del cargo de presidente del pleno del Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España, conforme a las normas estatutarias vigentes.

La parte solicitante de la medida se limita en su primer alegato a referir que dicho proceso se ha convocado muy rápidamente y que la premura en los plazos ha perjudicado a quienes se querían presentar pues se exigen unas determinadas condiciones muy difíciles de obtener en tan escaso tiempo. Sin embargo, lo que está haciendo la comisión ejecutiva es dar pronto cumplimiento a una sentencia firme que al anular la resolución que proclamaba la candidatura a la presidencia del presidente elegido en ese proceso electoral de 2011 suponía necesariamente abrir un nuevo proceso electoral. El artículo 29 de los estatutos del colegio demandado establece que las elecciones se celebrarán mediante convocatoria de la comisión ejecutiva del consejo general. En este precepto y concordantes se recogen los plazos y requisitos de los candidatos, etc. En consecuencia, el único órgano que puede convocar un proceso electoral, que en este caso se ha realizar lo antes posible dado el sentido de la referida sentencia firme a la que se está dando cumplimiento porque así lo exige nuestro ordenamiento, es esa comisión ejecutiva. Por otro lado, la pervivencia de dicha comisión es también imprescindible para que el propio colegio, aparte de la celebración de ese necesario proceso electoral que elija a su cabeza máxima, pueda sobrevivir a través del órgano que según los estatutos ejerce las funciones ordinarias imprescindibles para su mantenimiento.

Por lo tanto, en principio, y sin entrar a valorar el fondo del asunto, la comisión ejecutiva está cumpliendo el mandato de los estatutos, y tampoco se concreta por la parte recurrente el daño que pueda causar a dicho colegio demandante la no paralización de un proceso electoral que de no hacerse si podría paralizar al colegio demandado, que como el actor es una corporación de derecho público que igualmente entre sus finalidades se encuentra la satisfacción del interés general, por lo que no se aprecia una preeminencia entre esos intereses en juego en los términos ponderados por la parte recurrente.

A tenor, igualmente, de la doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional que arriba se ha expuesto, esta Sala no puede en este momento procesal entrar a examinar la cuestión de fondo planteada por el recurrente respecto a la aplicación de los artículos 29. 8 y 33 de los estatutos en el cese del presidente en relación con el de la comisión directiva que

nombra, pues se estaría prejuzgando la misma, que, y sólo contando con las argumentaciones de las partes contenidas en su escritos presentados en este incidente, se vislumbra como muy compleja y nada pacífica. Es decir, con los escasos elementos de juicio de los que se dispone en este momento procesal no se aprecia que se pretenda con el recurso la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general declarada previamente nula de pleno derecho, o que se está impugnando un acto administrativo idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente. Por otro lado, no hay que olvidar que se está dando cumplimiento a una sentencia judicial que es la que provoca ese cese y los citados preceptos se refieren a otros supuestos. Y reiterar que es la comisión ejecutiva la única que está facultada por los estatutos para convocar ese proceso electoral que terminará con un acto recurrible.

Por todos estos razonamientos expuestos, no procede acceder a la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la LJCA, procede la imposición de las costas de este incidente a la parte recurrente por importe que no puede superar los 100 €.

Vistos los preceptos legales invocados y los demás de general aplicación al presente caso,

LA SALA ACUERDA: Denegar la medida cautelar solicitada por la representación procesal del **COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERÍA DE CASTELLÓN**; con imposición de las costas de este incidente de medidas cautelares a la parte recurrente en cuantía nunca superior a 100 €.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-91-0870-15 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-91-0870-15 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento, de lo que yo, el Secretario, doy fe.