



Roj: **ATS 143/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:143A**

Id Cendoj: **28079130042020200002**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/01/2020**

Nº de Recurso: **396/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso ordinario**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección: CUARTA

#### Auto núm. /

Fecha del auto: 15/01/2020

PIEZA DE MEDIDAS **CAUTELARES** Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/d)-396/2019

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS **CAUTELARES** Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 396/ 2019

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección: CUARTA

#### Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D.<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D.<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo



En Madrid, a 15 de enero de 2020.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Celsa Pico Lorenzo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Asociación Nacional de Interinos y Laborales, por el cauce del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ha interpuesto recurso contencioso administrativo núm. 396/2019 contra el Real Decreto 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019. En el cuarto otrosí digo interesa la adopción de la medida **cautelar**.

**SEGUNDO.-** Por auto de 5 de noviembre de 2019 la Sala acordó: "No ha lugar a la tramitación de la medida cautelarísima, al amparo del art. 135 LJCA, acordándose la apertura de pieza **cautelar**."

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2019 se acuerda la continuación de la tramitación de la presente pieza separada como incidente de medidas **cautelares** y al amparo del art. 131 de la LJCA se da traslado al recurrido y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de cinco días aleguen sobre la suspensión interesada por la recurrente. Lo que efectuaron el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en sus respectivos escritos, con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 10 de enero de 2020 se rectifica error material y se acuerda pasen las actuaciones a la Magistrada Ponente para que proponga a la Sala la resolución que proceda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Planteamiento de la solicitud.

La representación procesal de la Asociación Nacional de Interinos y Laborales interesa la suspensión del RD 211/2019, de 29 de marzo por el que se aprueba la oferta de empleo para 2019 con prolija invocación de jurisprudencia e invocación del EBEP. Menciona asimismo la apariencia de buen derecho, aunque reconoce que no está admitida en la LJCA. Alega carece de la supervisión del Consejo de Estado y de la Intervención General del Estado.

**SEGUNDO.-** La oposición del Abogado del estado

Con invocación del art. 1301 LJCA y la jurisprudencia que lo interpreta niega la existencia de *periculum in mora* al tiempo que afirma la grave perturbación de los intereses generales al ser lo impugnado una disposición de carácter general.

Rechaza la acreditación de las excepcionales circunstancias que justifican la apariencia de buen derecho.

**TERCERO.-** La oposición del Ministerio Fiscal.

Muestra su oposición dado el tiempo transcurrido desde la publicación del RD impugnado y la no concurrencia de los requisitos exigidos para poder acceder a la suspensión **cautelar** dados los graves perjuicios que supondría para el interés público la paralización de las convocatorias amparadas por la disposición impugnada.

**CUARTO.-** La regulación legal de las medidas **cautelares** y la doctrina general de la Sala.

En la Sentencia de 4 de febrero de 2008, recaída en el recurso de casación 926/2006 recordábamos nuestra constante doctrina acerca de que nuestro ordenamiento parte del principio de eficacia de la actividad administrativa, art. 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, art. 57 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAPAC.

Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas **cautelares** para luego declarar el art. 130 "1. *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 pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. 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 mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que consideramos oportuno destacar algunos de los aspectos más relevantes en orden a responder a los alegatos aquí suscitados, así como a la oposición que formula el Abogado del Estado.



Resulta oportuno anticipar que, aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada aunque posteriormente se plasmara en la LEC 1/ 2000, cuyo artículo 728, reza "*peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución*".

El máximo interprete constitucional ha sentado 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), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas **cautelares** que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "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).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar 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).

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" ( Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente **cautelar** las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal ( STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" ( sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida **cautelar** cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado ( STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005).

**QUINTO.-** La doctrina de la Sala respecto de las impugnaciones de disposiciones generales.

Los criterios expuestos en el fundamento anterior conducen a que se venga reiterando por este Tribunal que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público ( Sentencia de 12 de julio de 2004 con cita de Autos anteriores; Auto de 27 de noviembre de 2006 con cita de amplia jurisprudencia). Y solo en caso de "grave daño individual" cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993 rec 6564/1992, auto de 29 de julio de 2004, recurso 58/2004).

También se insiste (auto de 27 de noviembre de 2006, recurso ordinario 53/2006, con cita de otros anteriores) que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución.

Y la Sentencia de 20 de mayo de 2009, recurso de casación 690/2008, con cita de otras anteriores reitera que "la pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas **cautelares** que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando, para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto". También se ha reiterado que "con la medida **cautelar** se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil" ( Sentencia de 10 de octubre de 2006, recurso de casación 5372/2004).

**SEXTO.-** El caso de autos

Recordada la jurisprudencia de esta Sala debemos valorar si la aplicación de la disposición hace perder su finalidad legítima al recurso, es decir el criterio al que se refiere el primer apartado del art. 130 LJCA siguiendo la pauta establecida en su momento para el recurso de amparo por el art. 56.1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, de 3 de octubre, así como ponderar los perjuicios inherentes. Tal precepto no es esgrimido por la recurrente, sino el art. 129, aunque si su contenido.

Con carácter previo a la petición de la medida **cautelar** los razonamientos del escrito de interposición del recurso, presentado inicialmente ante la Audiencia Nacional, pretenden la nulidad total del RD 211/2019, 21 páginas del BOE de 2 de abril sin especificar si las nulidades de las normas o de los Anexos.



Los alegatos que efectúa la asociación recurrente en defensa de su pretensión para la viabilidad de la medida **cautelar**, en el correspondiente otrosí, son sumamente parcos en relación con la disposición impugnada sin perjuicio de la amplia reproducción de jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional.

Tal cual objetan Abogado del Estado y Ministerio Fiscal no se dan las circunstancias para atender a la suspensión de una disposición con la proyección de la impugnada en que el interés público exige la no paralización del amplio número de convocatorias de plazas de empleo público que ampara.

**SÉPTIMO-** La desestimación de la pretensión conduce a que proceda un pronunciamiento expreso condenatorio sobre costas, art. 139 LJCA. Procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 600 €. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

Por todo ello,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA:** No Acceder a la suspensión **cautelar** interesada por la representación procesal de la Asociación Nacional de Interinos y Laborales del RD 211/2019.

Todo ello con expresa imposición de costas en los términos del último de los razonamientos jurídicos.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.