



Roj: **ATS 1465/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1465A**

Id Cendoj: **28079130042022200007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **08/02/2022**

Nº de Recurso: **390/2021**

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: 08/02/2022

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº : REC.ORDINARIO(c/d)-390/2021

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 390/ 2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D.^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D.^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo



D. José Luis Requero Ibáñez

En Madrid, a 8 de febrero de 2022.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Celsa Pico Lorenzo.

HECHOS

PRIMERO.- Por escrito de fecha 14 de enero de 2022, el procurador don José **Bernardo Cobo** de Murguía en nombre y representación de doña Adelaida , formaliza demanda en solicitud de anulación del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, por el que se establece el título de médica/o especialista en Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia y se actualizan diversos aspectos del título de médica/o especialista en Psiquiatría

Por otrosí quinto digo, en virtud del artículo 129.2 de la LJCA solicita la suspensión de la vigencia del precepto impugnado.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2022, se acuerda la formación de la pieza separada de medidas cautelares, y se concede audiencia a las partes por plazo de diez días.

TERCERO.- Evacuando dicho trámite, el Abogado del Estado mediante escrito de fecha 27 de enero de 2022 solicitó a la Sala se desestime la medida cautelar solicitada.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Planteamiento de la medida cautelar .*

La representación procesal de doña Adelaida interpone recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, por el que se establece el título de médica/o especialista en Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia y se actualizan diversos aspectos del título de médica/o especialista en Psiquiatría, interesando su suspensión cautelar.

En la demanda realiza prolijos razonamientos respecto a cómo se elaboró el Real Decreto, pasando luego a argumentar acerca de su inconstitucionalidad por incurrir en un supuesto de retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales, así como en la infracción del principio de seguridad jurídica en la vertiente de confianza legítima. Adiciona la discriminación por maternidad y la infracción del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y del artículo 25 de la Ley 50/1997.

Respecto a la medida cautelar alega que la entrada en vigor del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, provoca un riesgo cierto a la recurrente de verse excluida en los procesos selectivos que se convoquen para la cobertura de plazas de Médica/o Psiquiatra con perfil infanto-juvenil.

Tal es así que mediante Resolución de 1 de diciembre de 2021 (BOCM de 17 de diciembre de 2021), de la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud, se han convocado recientemente pruebas selectivas para la cobertura de 209 plazas para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la categoría de Facultativo Especialista en Psiquiatría del Servicio Madrileño de Salud, por el turno libre, que afectan directamente al área de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia. La base 9.2 se refiere expresamente la entrada en vigor del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, por el que se crea la especialidad de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, y a tal efecto señala:

"9.2. La entrada en vigor del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, por el que se crea la especialidad de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, requiere que, en la presente resolución por la que convocan plazas de la categoría de Facultativo Especialista en Psiquiatría, se tenga en cuenta este área asistencial, mediante la determinación de un perfil de sus especialistas, que les permita poseer la experiencia profesional específicamente desarrollada, para adquirir la competencia necesaria para la atención sanitaria a la población infantil y adolescente.

Por ello, de conformidad con la base 11.3 de las bases generales, la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud publicará Resolución por la que se hará pública la relación de plazas ofertadas y se fije el procedimiento a seguir para la elección y adjudicación de plazas.

Conforme la base 11.4 de las bases generales del proceso, las plazas se adjudicarán por el orden de puntuación final alcanzada en el concurso-oposición.

La relación de plazas ofertadas incluirá el número y determinación de los centros en los que se precisen puestos funcionales que requieran un perfil específico para su provisión.



A estos efectos, las plantillas orgánicas de los centros sanitarios que cuenten con esta área asistencial de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, deberán incluir, previamente a la publicación de la Resolución a la que se refiere el párrafo segundo de esta base, el número de puestos funcionales que requieren un perfil profesional específico.

Para la adjudicación de los puestos funcionales se requiere la acreditación, mediante certificación conjunta de la Dirección Gerencia del Hospital y el Jefe de Servicio correspondiente, de al menos 4 años de experiencia en los 7 años anteriores a la publicación de esta convocatoria, en unidades asistenciales de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia."

Sin perjuicio de apreciar una ilegalidad de la convocatoria que debe ser impugnada en el marco de su propio procedimiento, lo cierto -dice- es que la Resolución pone en valor la necesidad de solicitar la adopción de la medida cautelar de suspensión de la disposición de carácter general que se combate por medio del presente.

En apoyo de este argumento, reseña el auto de esta Sala y Sección de 28 de septiembre de 2021 (rec. 244/2021), cuyo razonamiento jurídico tercero da respuesta a esta petición:

"... ha de rechazarse también la idea del Abogado del Estado según la cual debe impugnarse la convocatoria de oposición, en vez de la disposición general que regula el cuadro médico de exclusiones. Desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, puede tener sentido impugnar una disposición general y no impugnar los actos administrativos que luego hagan aplicación de aquélla: como ocurre en el presente caso, la anulación de los preceptos reglamentarios impugnados -y lo mismo cabe decir de su suspensión cautelar- determinaría su inaplicación al posterior acto administrativo, que es precisamente lo que buscan los recurrentes en defensa de su interés legítimo.

Por todo ello, no puede acogerse la alegación de falta de legitimación para solicitar la suspensión cautelar. Dado además que la razón del Abogado del Estado para sostener que no concurre el *periculum in mora* es la misma -o sea, que lo que debe impugnarse es la resolución de convocatoria de oposición para el ingreso en la Policía Nacional-, forzoso es concluir que dicha razón no puede servir para desestimar la solicitud de suspensión cautelar formulada por los recurrentes."

Al hilo de lo expuesto, reputa notorio que la aplicación inmediata de la norma, ocasiona a mi mandante, interesada legítima en el presente procedimiento, un perjuicio de imposible reparación, toda vez que contando con un perfil altamente cualificado en la nueva especialidad de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, se ve imposibilitada no sólo para optar al examen que le otorgaría el título de especialista en el área, sino, además, a todos los procesos selectivos como el aquí invocado, que están procediendo a la convocatoria de la Oferta Pública de Empleo. Sobre este particular es notorio que, aun cuando las resoluciones de las impugnaciones de disposiciones de carácter general gozan de preferencia con arreglo al artículo 66 LJCA, la tramitación del recurso contencioso-administrativo en esta Sala puede alargarse en el tiempo; y las sucesivas convocatorias para la cobertura de plazas en el área de la psiquiatría infanto-juvenil, irían copando las plazas libres, postergando el derecho de la recurrente a participar y, en consecuencia, impidiéndole la realización de una expectativa capaz de hacer perder la finalidad legítima perseguida por la recurrente en el presente recurso contencioso-administrativo. Lo que, además, incurriría en una vulneración de su derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública.

SEGUNDO.- *La oposición de la Abogada del Estado.*

Objeta la Abogada del Estado la ausencia del "*periculum in mora*" en la medida en que la efectividad del Real Decreto impugnado no determina la exclusión pretendida por la interesada, lo que resulta claramente de la base 9.2 de la Convocatoria de 1 de diciembre de 2021, que reproducimos a continuación:

" 9.2. *La entrada en vigor del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, por el que se crea la especialidad de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, requiere que, en la presente resolución por la que convocan plazas de la categoría de Facultativo Especialista en Psiquiatría, se tenga en cuenta este área asistencial, mediante la determinación de un perfil de sus especialistas, que les permita poseer la experiencia profesional específicamente desarrollada, para adquirir la competencia necesaria para la atención sanitaria a la población infantil y adolescente. Por ello, de conformidad con la base 11.3 de las bases generales, la Dirección General de Recursos Humanos y Relaciones Laborales del Servicio Madrileño de Salud publicará Resolución por la que se hará pública la relación de plazas ofertadas y se fije el procedimiento a seguir para la elección y adjudicación de plazas.*

Conforme la base 11.4 de las bases generales del proceso, las plazas se adjudicarán por el orden de puntuación final alcanzada en el concurso-oposición.



La relación de plazas ofertadas incluirá el número y determinación de los centros en los que se precisen puestos funcionales que requieran un perfil específico para su provisión. A estos efectos, las plantillas orgánicas de los centros sanitarios que cuenten con esta área asistencial de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, deberán incluir, previamente a la publicación de la Resolución a la que se refiere el párrafo segundo de esta base, el número de puestos funcionales que requieren un perfil profesional específico. Para la adjudicación de los puestos funcionales se requiere la acreditación, mediante certificación conjunta de la Dirección Gerencia del Hospital y el Jefe de Servicio correspondiente, de al menos 4 años de experiencia en los 7 años anteriores a la publicación de esta convocatoria, en unidades asistenciales de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia."

Partiendo de la premisa de que la resolución de 1 de diciembre de 2021 convoca el proceso selectivo a plazas correspondientes a la especialidad de Psiquiatría, no a la especialidad creada por el Real Decreto impugnado, por lo que ninguna exclusión afecta a la demandante, lo cierto es que la referencia contenida en la base 9.2 es una remisión a una futura resolución administrativa en la que se fijarían plazas y se determinaría el procedimiento de selección en relación a la situación descrita en su inciso primero; se trata, pues, de una situación de futuro que, como tal, es incierto que finalmente acontezca y que de ocurrir, lo haga en los términos previstos, por lo que ningún perjuicio real, ninguna situación irreversible para la actora se produce por la aplicación del Real Decreto impugnado, al no quedar excluida de ningún proceso selectivo en curso, supuesto distinto, por tanto, del resuelto mediante el auto del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2021.

Además, aunque en primer término la impugnación se dirige frente a la totalidad del Real Decreto 689/2021, de 3 de agosto, a los efectos de la medida cautelar que se solicita, es relevante recordar que los motivos de impugnación respecto del articulado en concreto que se recogen en la demanda se refieren al contenido de la letra b) del párrafo 1 de la DT 1ª, sin que se alegue motivo de impugnación, ni se demande la nulidad particularizada de la previsión contenida en la letra a) que es la única situación prevista en la convocatoria de 1 de diciembre de 2021.

La ponderación de los intereses en conflicto debería dar prevalencia al interés general que persigue la disposición impugnada que se concreta en dar respuesta a las específicas necesidades de atención de la salud mental durante la infancia y la adolescencia por parte de médicos con formación especializada.

TERCERO.- *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, artículo 103.1 CE, y del principio de presunción de validez de la actuación administrativa, artículo 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 artículo 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el artículo 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 intérprete 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 "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).

CUARTO.- *La doctrina de la Sala respecto de las impugnaciones de disposiciones generales plasmada en el auto de 15 de enero de 2020, recurso 396/2019.*

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 recurso 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, exige la ejecución.

Y la sentencia de 20 de mayo de 2009 (recurso de casación 690/2008), con cita de otras anteriores insiste en 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).

QUINTO- *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 artículo 130 LJCA siguiendo la pauta establecida en su momento para el recurso de amparo por el artículo 56.1. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, LO 2/1979, de 3 de octubre, así como ponderar los perjuicios inherentes.

Los alegatos que efectúa la recurrente en defensa de su pretensión para la viabilidad de la medida cautelar, en el correspondiente otrosí, son parcos en relación con la argumentación efectuada en la demanda frente a la disposición impugnada sin perjuicio de la reproducción del reciente ATS de 28 de septiembre de 2021.

Tal cual objeta la Abogada del Estado no se dan las circunstancias para atender a la suspensión de la totalidad de una norma reglamentaria con la proyección de la impugnada. No conviene olvidar que consta de 5 artículos, 4 disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, cinco disposiciones finales, una de las cuales modifica el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada. Y, ya hemos reflejado, que la jurisprudencia es restrictiva.

El interés público exige su permanencia en esta fase cautelar sin que la argumentación de la recurrente respecto a la disposición transitoria proyecte los efectos pretendidos.

No obstante lo anterior, de entender la recurrente que de la aplicación del Real Decreto objeto de impugnación derivan consecuencias negativas en su esfera de derechos derivados de su formación como psiquiatra que le



impidan acceder a la especialidad podrá hacer valer sus pretensiones, incluyendo la solicitud de la pertinente medida cautelar, en el correspondiente proceso.

SEXTO- Costas.

La desestimación de la pretensión no conduce a que se proceda a un pronunciamiento expreso condenatorio sobre las costas, artículo 139 LJCA, dadas las dudas que suscitaba la cuestión.

LA SALA ACUERDA:

No acceder a la suspensión cautelar interesada por la representación procesal de doña Adelaida del RD 689/2021, de 3 de agosto.

En cuanto a las costas estése a los términos del último de los razonamientos jurídicos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ