

**T.S.J.CASTILLA-LEON CON/AD
VALLADOLID**

AUTO: 00379/2015

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
C/ ANGUSTIAS S/N
VALLADOLID**

N.I.G: 47186 33 3 2015 0003756

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0001001 /2015
0001 P

Sobre: FUNCION PUBLICA

De D./ña. MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS

LETRADO ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR D./D^a.

Contra D./D^a. CONSEJERIA DE SANIDAD JUNTA DE CASTILLA Y LEON

LETRADO LETRADO COMUNIDAD

PROCURADOR D./D^a.

AUTO nº 379

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D^a. ANA MARIA MARTINEZ OLALLA

D. SANTOS H. DE CASTRO GARCIA

D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

En Valladolid a 12 de noviembre de 2015.

HECHOS

PRIMERO. Por la Administración General del Estado recurrente en el presente procedimiento se solicita por medio de otrosí en su escrito de interposición del recurso que se proceda a la suspensión del acuerdo recurrido en el presente procedimiento, la Orden SAN/370/2015, de 29 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Enfermero/a del Servicio de Salud de Castilla y León.

SEGUNDO. De dicha pretensión suspensiva se dio traslado a las demás partes en el procedimiento, que dentro del término de 10 días previsto en el artículo 131 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa, efectuando la Administración demandada las alegaciones que constan en autos, a las que se aludirá en la fundamentación jurídica de esta resolución, en pro de la denegación de la adopción de la medida cautelar interesada.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. La adopción de medidas cautelares como la interesada de suspensión del acuerdo recurrido se regula en la actualidad en los artículos 129 y siguientes de la vigente LJCA. Como punto más importante de su regulación se ha de aludir a su artículo 130, el cual se expresa en los siguientes términos:

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 pudieran 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.

Es decir, se trata de sopesar, por un lado, los intereses públicos en juego y, por el otro, los privados, de forma tal que de la suspensión a acordar no se siguiera un grave perjuicio a los intereses generales, o la denegación de la misma no cause perjuicio al recurrente –de imposible o difícil reparación en dicción de la antigua ley de 1956-, haciendo perder su finalidad legítima al recurso, “periculum in mora”.

SEGUNDO. Desde la perspectiva considerada ha de decirse que la suspensión interesada por la Administración del Estado recurrente se fundamenta tanto en la perspectiva del “fumus boni iuris”, por cuanto se trata de ejecutar una oferta de empleo público del año 2011, en contra de lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, en cuanto que el plazo de 3 años previsto en dicho precepto ya se encuentra ampliamente superado al momento de efectuar la convocatoria, no siendo posible una ejecución intemporal y “sine die” de dichas convocatorias, alegándose también – con cita del auto del Tribunal Constitucional nº 161/2012, de 13 de septiembre – que se pone en riesgo la política de contención del gasto público que deriva del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de septiembre. Se fundamenta, por otro lado, la pretensión suspensiva en los perjuicios de carácter irreversible que se darían de realizarse un proceso selectivo que posteriormente podría ser objeto de anulación por la sentencia definitiva que se dictase, y ello tanto desde la óptica de la necesidad de contención del gasto público, ya citada, como desde la perspectiva de los que derivarían de la realización del proceso selectivo para aquellos aspirantes que pudieran superar las pruebas, si ulteriormente dicho proceso fuera objeto de anulación.

La Administración demandada en el trámite de alegaciones que al efecto le fue conferido reputa, básicamente, desde la óptica de los perjuicios, que estos son reparables por la Administración autonómica, dada la solvencia de la misma y que este perjuicio siempre sería superior para los aspirantes que a consecuencia de la eventual suspensión no pudieran participar en el proceso selectivo, cuyas expectativas se verían frustradas.

TERCERO. El precedente planteamiento nos lleva a la necesidad de analizar en primer lugar dicha doctrina de la apariencia de buen derecho, “fumus boni iuris”, respecto a la cual se ha de expresar que su aplicación siempre ha tenido lugar de una forma un tanto restrictiva, en cuanto que se requiere en términos generales que nos encontremos ante un supuesto de nulidad radical fácilmente apreciable, sin prejuzgar la resolución definitiva que se adopte. Sobre la aplicación de la reiterada doctrina ha de decirse, con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 junio 2000, y las que en ellas se citan, que el análisis de una cuestión de fondo en una pieza de suspensión solo es posible cuando se invoca un supuesto de nulidad radical “o que la apariencia del buen derecho en el recurrente sea palmaria y evidente», habiéndose precisado por este Tribunal, en orden a la primera, que sólo «en los casos en que tal nulidad

apareciese como algo ostensible y evidente podría resultar justificada una suspensión basada en la misma (la nulidad) y una vez acreditada la producción de daños y perjuicios» (Sentencias de 4 de noviembre de 1997 y 5 de marzo de 1998 entre otras)”.

La misma sentencia en cuanto a la aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” expresa que para su aplicación «... *es necesario que concurren una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia. El primero de los requisitos citados consiste en que en las actuaciones aparezcan datos relevantes que anuncien el buen éxito de la pretensión sin necesidad de efectuar un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado, ya que este estudio debe hacerse en el proceso principal» (Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1998, entre otras)”.*

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la aplicación de la doctrina del “*fumus boni iuris*” no puede desvincularse de la evaluación de los perjuicios que pueden causarse a consecuencia de la adopción de la medida cautelar, como se ha expresado en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009, en la cual con cita de la sentencia del propio Tribunal de 18 de noviembre de 2003 se expresa que *"la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. 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, eso es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. De ahí también que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del fumus boni iuris o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen”.*

De esta forma en el análisis de la procedencia de la adopción de la medida cautelar no puede dejar de contemplarse la ponderación de perjuicios que se causan tanto del juego ordinario de la ejecutividad del acto, no aplicando la medida cautelar, como los que se siguen para el interés público, a consecuencia de que eventualmente se pudiera hacer efectiva dicha medida cautelar, así como la reparabilidad de los mismos en uno y otro caso.

CUARTO. Fijadas las precedentes premisas ha de decirse, como premisa inicial, que se alega por la Administración del Estado –cuestión no rebatida por la Administración autonómica demandada- que se vulnera el artículo 70.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Dicho artículo 70, es del siguiente tenor:

“1. Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de

*otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. **En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.***

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos."

Pues bien, desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho que nos ocupa, no hay duda que del tenor literal del precepto se genera la plena caducidad de la oferta de empleo, una vez que han transcurrido, como es el caso, tres años desde el momento de su aprobación, que tuvo lugar en último término, como explicita la exposición de motivos de la Orden impugnada, con el Decreto 21/2011, de 21 de mayo, que modifica el Decreto 14/2011, de 24 de marzo. Esto es: al momento de la convocatoria han transcurrido ya cuatro años desde que se aprobó la oferta de empleo, que ha de ser presupuesto del proceso selectivo convocado y que no puede ser objeto de ejecución ante su extinción, por consunción temporal.

A una similar conclusión se llegó en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de cinco de junio de dos mil catorce, recurso 207/13, que es citada por el Abogado del Estado.

De esta forma, ha de entenderse que se ha vulnerado una norma que es terminante en su contenido literal, que solo autoriza a interpretar que los procedimientos selectivos se han de convocar dentro del plazo de tres años en que se encuentra vigente la oferta de empleo, plazo que en este caso ha sido ampliamente superado. A distinta conclusión podría llegarse –lo que no acontece en el presente caso, ni es planteado por las partes- si se tratase de unas pruebas selectivas convocadas dentro del plazo de 3 años y cuyo desarrollo se efectuase superado dicho plazo, pues en este caso pudiera entenderse que una vez iniciado el proceso selectivo dentro de dicho plazo, habría que entender que no se vulnera el ordenamiento jurídico, de conformidad con la interpretación que se efectúa en el derecho administrativo sobre el carácter de la realización de las actuaciones administrativas dentro del tiempo establecido al efecto (artículo 63.3 de la Ley 30/1992). Mas en este caso, por así haberse establecido en el citado artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, que configura como improrrogable el plazo de 3 años de vigencia de la oferta de empleo público, debe entenderse que la convocatoria se ha efectuado sin que exista eficazmente dicha oferta de empleo público, lo que a los efectos analizados, y desde la perspectiva propia de esta “sumaria cognitio”, conlleva a entender que concurre un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Las consideraciones precedentes hacen innecesario analizar la perspectiva también esgrimida por la Administración del Estado de la posible vulneración del ordenamiento jurídico desde la óptica de la vulneración de los

límites del déficit presupuestario, con cita de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 2/2012.

Se aprecia, por lo tanto, que existan los requisitos precisos para la suspensión, desde la óptica analizada del “fumus boni iuris”.

QUINTO. Por otro lado, desde la perspectiva de la reparabilidad del perjuicio que puede derivarse para el interés público a consecuencia de la suspensión, ha de entenderse que siempre sería un perjuicio superior el que se podría derivar de la eventual anulación ulterior de la convocatoria impugnada con la resolución definitiva que recaiga en este procedimiento -con la necesaria reversibilidad de un proceso selectivo ya culminado al momento de dictarse sentencia, con los efectos de nulidad en cascada que ello conlleva de actos subsiguientes al proceso selectivo ahora convocado-, que el que se genera con la sola suspensión de este proceso, teniendo en cuenta que el servicio puede quedar atendido con otras formas de provisión distintas a la prestación de servicios en propiedad, cual acontece en la actualidad.

Este razonamiento, es por otro lado una constatación empírica, como consta a la Administración demandada, al ser parte en otros procedimientos en los que, a consecuencia de la anulación de diversos procesos selectivos que ya habían culminado, se produjo la de todos los actos subsiguientes de selección de aspirantes que superaron dichos procesos, y de su ulterior nombramiento como funcionarios, lo que ha conllevado dado el tiempo transcurrido desde la convocatoria hasta la firmeza de las sentencias en que se declaraba su nulidad, a complejos procesos de ejecución, en que se han podido generar superiores perjuicios a los partícipes en los procedimientos selectivos --aprobados iniciales o finales-- a los que se pueden derivar de la suspensión ahora acordada, teniendo en cuenta la previsible brevedad de la tramitación de este procedimiento, y siempre en atención al hecho de que existe un supuesto de nulidad de pleno derecho, anteriormente analizado, que demanda que se acuerde una medida suspensiva como la instada por la Administración del Estado.

Procede, por consiguiente, acordar la suspensión de la convocatoria objeto de impugnación.

SEXTO. En cuanto a las costas, previene el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, en la redacción aplicable a este procedimiento que “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho”. Y en el presente caso aun adoptada la medida cautelar solicitada, dada la complejidad de la cuestión suscitada, ha de entenderse que ello es equivalente a la existencia de dudas de derecho, lo que justifica su no imposición a ninguna de las partes.

PARTE DISPOSITIVA:

En atención a lo expuesto, SE ACUERDA:

Adoptar la medida cautelar instada por la Administración General del Estado en el presente procedimiento 1001/2015, acordando la suspensión del

acuerdo recurrido en este procedimiento la Orden SAN/370/2015, de 29 de abril, por la que se convoca proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en plazas de la categoría de Enfermero/a del Servicio de Salud de Castilla y León. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Oficiese al Excmo. Sr. Consejero de Sanidad para que bajo su personal y directa responsabilidad proceda a dar cumplimiento a lo acordado en la presente resolución.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.