Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 Girona
Plaça de Josep Maria Lidon Corbí, 1
17001 Girona

P. S. Medidas Cautelares 285/2021 A
Parte recurrente: xxxx xxxxxx xxxxxx
Parte demandada: Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya-Serveis Territorials a Girona

AUTO

En Girona a 13 de Octubre de 2021

HECHOS

UNICO .- En el dia de hoy ha tenido entrada en este Juzgado escrito presentado por el Letrado Sr Morales Venero en representación de XXXXXXXXXXXXX en nombre y representación de sus hijos menores de edad xxxx xxxx xx xxx xx por el que se solicita se acuerde la medida cautelar provisionalísima de suspensión de la decisión del Director del Centro educativo xxxxxx xxxxxx xxxxxxx xxxxxx de no dejar acceder a sus hijos xxx xxx xx al centro sino acuden con mascarilla y se Autorice por este Juzgado con carácter de urgencia que sus hijos xxxx xxxx acudan a la escuela sin mascarilla en todo momento y lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. De conformidad con el art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), cuando los interesados aleguen la concurrencia de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria podrá apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida cautelar solicitada. En este caso, concurren tales razones de

urgencia, al constar la obligación de incorporación al servicio inmediata. Procede, por tanto, dar curso a la medida cautelar sin posibilidad material de dar audiencia a la Administración con carácter previo.

SEGUNDO. Dispone el art. 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que *"1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.*

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda." Igualmente, dispone el art. 130 de la misma Ley *"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."

La jurisprudencia sobre las medidas cautelares en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido destacando la aplicabilidad de los principios generales de las medidas cautelares, como son la apariencia de buen derecho o el peligro de mora procesal, pero siempre con especial consideración a las singularidades que este tipo de jurisdicción tiene, y que le son propias; en particular, como señala el art. 130, que la medida cautelar ha de adoptarse únicamente cuando, de no hacerlo, el recurso pueda perder su finalidad legítima. *Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994 la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las*

Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado fumus bonis iuris o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990 (TJCE 1991, 13) , principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

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 (RJ 1997, 5050) : "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 (RTC 1993, 148) "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 (RJ 1997, 5049) , 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. »"

TERCERO.- En el caso de autos, la menor xxxxx de seis años está afectada de infecciones respiratorias con bronquitis agudas que empeoran con el uso de la mascarilla según resulta del certificado médico acompañado junto con la petición , lo mismo respecto a xxxx al que el uso de la mascarilla le provoca crisis enuresis nocturna de ansiedad , es decir , se encuentran en los supuestos de excepción contendía en la norma en concreto la Orden SND/422/2020 de 19 de Mayo en cuyo artículo 2 exceptua el uso de la mascarilla a las personas que presenten algún tipo de dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de mascarilla.b) Personas en las que el uso de mascarilla resulte contraindicado por motivos de salud debidamente justificados, o que por su situación de discapacidad o dependencia presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.Todo ello sirve para considerar favorablemente la medida cautelar, por cuanto concurre una apariencia de buen derecho; existe peligro por la mora procesal, pues de no adoptarse la medida solicitada el recurso podría perder su finalidad legítima, dado el carácter temporal de la

medida y los perjuicios que su no adopción pueden suponer para los menores de imposible reparación, en cuanto afectantes a su salud y educación

La medida solicitada se entiende además adecuada ponderando los intereses en conflicto en tanto que las personas en quienes no concurra ninguna causa de excepción han de portar la mascarilla y en consecuencia se encuentran protegidos en caso de entrar en contacto tanto con xxx xxx xx xxx xx xxxxx.

Consecuentemente procede adoptar la medida cautelar inaudita parte autorizando a los menores acudir a la escuela sin hacer uso de la mascarilla Por todo lo anterior.

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo la medida cautelar solicitada por el Letrado Sr xxxxx xxxxxx en representación de xx xxxxx xxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxx en nombre y representación de sus hijos menores de edad xxxx xxx xxx xxx xxx consistente en dispensar a los menores del uso de la mascarilla en la Escuela xxxxxxxx

Asimismo acuerdo dar audiencia al peticionante, Administracion demandada y al Ministerio Fiscal por un plazo de **TRES** días, para que se pronuncien sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la suspensión acordada .

Las partes podrán aportar la documentación que estimen necesarios sobre el objeto de esta medida cautelarísima debiéndose aportar por la Administración el

expediente administrativo

Dese asimismo traslado al Medico Forense adscrito a este Juzgado para que en el plazo de tres días dictamine en base a los Certificados Médicos aportados lo procedente sobre el uso de la mascarilla

Contra esta resolución no cabe recurso recurso alguno de conformidad con lo previsto en el art. 135 1.a) LJCA

Lo acuerdo y firmo.

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

(SIG)

Data: 2021.10.13
12:58:28 +02'00'

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).