Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 07 de Barcelona
Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 93 5548471
FAX: 93 5549786
EMAIL:contencios7.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320218008249

Procedimiento ordinario 393/2021 - P.S.Medidas cautelares coetáneas 84/2021 -C

Materia: Aministración periférica de las CCAA (Proc. Ordinario)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 09960000100084
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569
Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 07 de Barcelona
Concepto: 0996000010008421

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante: Barraza, Procurador/a: Abogado/a: Victor Morales Venero	Parte demandada/Ejecutado: Consorci d'Educació de Barcelona Procurador/a: Abogado/a: Abogado/a de la Generalitat

AUTO Nº 182/2021

Magistrado que lo dicta:
Barcelona, 4 de octubre de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Letrado, D. Víctor Morales Venero, en nombre y representación de Dña. y de D. , actuando en representación de su hijo menor y , se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución dictada por el Consorcio de Educación de Barcelona, de fecha 13 de mayo de 20121, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra el comunicado, de fecha 14 de marzo de 2021.

SEGUNDO.- El interesado solicitó, por la vía de especial urgencia, la suspensión de la resolución recurrida. Formada pieza separada, se acordó, mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2021, la suspensión provisional de la resolución recurrida. Igualmente, interesó la suspensión de al acto impugnado por vía del artículo 130 de la LJCA.

TERCERO.- Dado traslado a las partes para que formularan alegaciones sobre el alzamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar, se formularon las pertinentes que obran en autos.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sin olvidar el principio de eficacia de la actividad administrativa (artículo 103.1 CE) y el de presunción de validez de la actuación administrativa (artículo 57 de la LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA) supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que entresacamos algunos de los aspectos más relevantes para luego examinar los motivos aducidos:

a) La justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio), 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). Por ello «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 del TS de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

b) Es indiscutible 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» (STS I de 20 de febrero de 2004). 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, STS 2 de julio de 2004).

c) 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 sea suficiente una mera invocación genérica (Auto de 22 de octubre de 2002).

e) 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 30 de enero de 2001 con cita de múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). De tal suerte 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.

f) El principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura (Auto de 17 de enero de 2000, Sentencia 12 de noviembre de 2003). Insiste así la Sentencia de 12 de julio de 2004 al margen de que sólo puede ser un factor importante, como indicaban los Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

la Sentencia de 10 de julio de 1998, para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños y perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión. Por ello reiterada jurisprudencia (Auto de 22 de octubre de 2002 con cita de otros anteriores, Sentencias de 7 de octubre, 11 de noviembre de 2003) ha resuelto que sólo cabe considerar su alegación cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

g) No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados (Sentencia de 7 de octubre de 2003).

h) En cuanto a la ponderación de intereses se hace necesario una adecuada conjunción entre el interés público y el privado a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar (sentencia de 12 de julio de 2004 [JUR 2004, 242879]) resolviendo según el grado en que el interés público esté en juego (Auto de 15 de marzo de 2000). También para la prosperabilidad de la pretensión es preciso un imprescindible juicio de ponderación (Sentencias de 16 de marzo de 2004, 14 de abril de 2003, etc.) acerca del interés público a proteger.

i) Criterios que conducen a que se venga reiterando 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). Sólo en caso de grave daño individual cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993, Sentencia de 12 de julio de 2004)).

SEGUNDO.- Para la resolución de la medida cautelar es necesario examinar si concurren los requisitos de apariencia de buen derecho y de periculum in mora.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, aunque falte una referencia explícita general en la Ley jurisdiccional -dejando a salvo la específica del artículo 136, ajeno a este recurso-, no es un criterio independiente, sino que ha de coordinarse con la ponderación de los distintos intereses en conflicto (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1.999), sin que, por sí sola, pueda constituir la causa determinante de la suspensión (auto del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1.995).

Por otro lado, el principio de la apariencia de buen derecho, como fundamento de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución administrativa impugnada, ha sido matizado por el Tribunal Supremo en pluralidad de resoluciones de las que, por su claridad, cabe destacar el auto de 26 de julio de 1.996 en el que se reseña que: *“como hemos declarado en diversas resoluciones (autos de 22 de noviembre de 1.993 y 31 de enero de 1.994), la doctrina del 'fumus boni iuris', tan difundida como necesitada de prudente aplicación, debe tenerse en*

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

cuenta cuando existe una decisión judicial que permita integrar la apariencia de buen éxito de la pretensión formulada, como ocurre cuando se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula de pleno derecho, o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente", añadiendo que: *"es difícil que pueda apreciarse la existencia de 'fumus boni iuris' cuando se impugna un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal"* (en el mismo, sentido, auto de 24 de julio de 2.006, y los que en él se citan); en este último caso se corre el riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo por medio de un procedimiento -el incidente de suspensión- que no es idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial podría vulnerarse el derecho a un proceso con las debidas garantías de contradicción, también fundamental y recogido en el artículo 24 de la Constitución (autos del Alto Tribunal de 10 de julio de 1.989, de 2 de noviembre de 1.993, de 19 de noviembre de 1.993 y de 31 de enero de 1.994). Lo mismo sucede cuando se alega la nulidad de pleno derecho del acto administrativo atacado, pues, según reiterada jurisprudencia (entre otros, autos del Tribunal Supremo de 11 de marzo, de 30 de septiembre, de 9 y de 10 de noviembre de 1.992 o de 13 y de 19 de julio de 1.993), sólo cuando esa nulidad resulte evidente puede tenerse en cuenta tal circunstancia a los efectos de resolver sobre la suspensión en esta vía jurisdiccional.

En el supuesto de autos, el examen de las alegaciones de ambas partes debería hacerse con un detalle que excede de los límites fijados para la adopción de la medida cautelar, imprejuzgando el fondo del asunto.

TERCERO.- Así las cosas, y en relación con el periculum in mora, como establece la STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de16 de diciembre de 2011, Sentencia: 974/2011, Recurso: 239/2011: *"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. No obstante, 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. 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: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso Contencioso-Administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica (STS de 15 de marzo de 2004).*

No obviando que la medida interesada reviste el carácter de positivo, conviene recordar que la LJCA no excluye que el órgano jurisdiccional pueda adoptar una medida cautelar positiva cuando ésta sea útil parea asegurar la

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;

efectividad de la sentencia, como sucede en este caso. El artículo 129.1 de la LJCA dispone que los interesados pueden solicitar en cualquier del proceso todas las medidas que aseguren la efectividad de la sentencia.

Se entiende que concurre el requisito analizado. Y ello porque, si no se procediera a la suspensión del acto impugnado, el recurso perdería su legítima finalidad, haciendo irrisoria la sentencia que se dictase en su día. Igualmente, como ya se expuso en el auto resolviendo la medida cautelarísima, se acredita que el uso de la mascarilla por el menor le genera cefaleas intensas, vómitos y trastornos neurovegetativos, por lo que debe quedar exento de su uso. Molestias y perjuicios físicos que justifican el mantenimiento de la medida adoptada, con las consecuencias inherentes que pueden conllevar a largo plazo.

En cuanto a las apreciaciones o críticas vertidas por la Administración a los certificados médicos aportados por la parte recurrente, no pueden tener acogida. Es más, resultan del todo improcedentes al pretender ilustrar de cómo debe redactarse un certificado médico, así cómo de la terminología que debe emplearse. Del mismo modo, resulta inapropiado que un facultativo exponga en su certificado cuál es la normativa en la que sustenta su decisión (en el supuesto de autos la exención de llevar mascarilla), tal y como pretende la Generalitat, atribuyéndole un papel jurídico que en absoluto le corresponde. Sorprende también el alegato cuando la Directora de Atención de la Comunidad Educativa dio por acreditado el trastorno que el uso de la mascarilla suponía para el menor, en base al certificado médico que ahora se discute.

Respecto a la disertación sobre la obligación de llevar mascarilla y su normativa que ofrece la Administración en su escrito de alegaciones, huelga razonamiento alguno, más allá del hecho de que si no fuera obligatorio su uso no estaríamos en la presente sede cautelar. La edad del menor le impone la obligación de llevar mascarilla en su centro educativo. Ahora bien, se ha acreditado un perjuicio físico que conduce a adoptar la decisión de eximirle de su uso.

La Administración plantea el debate a modo de contravención de la normativa imperante, y persiste en la obligación del menor de llevar mascarilla. La discusión corresponde más a la cuestión de fondo del recurso contencioso-administrativo que a un incidente cautelar. La presente resolución debe ceñirse a determinar si concurren o no los requisitos que deben regir en toda medida cautelar, lo demás es un exceso argumentativo que no se realizará.

En lo referente al periculum in mora, la Administración no desvirtúa el perjuicio acreditado por los padres del menor en el uso de la mascarilla, se limita a concluir que no se le debe permitir asistir a la escuela sin llevarla. Tampoco, o al menos así no se ha acreditado, de conformidad con el artículo 9.3 del Decreto Decreto-ley 41/2020, de 10 de noviembre, de medidas extraordinarias de carácter social en centros educativos y en el ámbito de la educación en el ocio y de las actividades extraescolares para hacer frente a las consecuencias de la COVID-19, se ha ofrecido al menor medidas de aprendizaje alternativo a la presencialidad.

En suma, habiéndose acreditado el daño a la salud que sufre el menor con el uso de la mascarilla, concurre el requisito del periculum in mora.

CUARTO.- Sobre el criterio de ponderación de los intereses concurrentes, como señala la precitada STSJ de Cataluña, es complementario del de la pérdida

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

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» (STS de 15 de marzo de 2005).*

Así lo pone de manifiesto la STS, Sala 3ª, de 15 de septiembre de 2.003, rec. 12/2000 , en su FJ 3º, *"La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar ", de modo que "la carga de la prueba sobre el perjuicio que puede causar la ejecución del acto corresponde a quien lo alega" (STS, Sala 3ª, de 14 de mayo de 2008, rec. 3562/2007 , FJ 2º ; y en el mismo sentido, las de 12 de septiembre de 2007, rec. 4506/2005, FJ 3º ; y 17 de junio de 2008, rec. 1022/2007, FJ 4º).*

Se mantiene el razonamiento adoptado en el auto, de fecha 9 de septiembre de 2021, en cuanto a este requisito. Es decir, la prevalencia del interés particular del menor, encarnado por el perjuicio físico que sufre (cefaleas intensas, vómitos y trastornos neurovegetativos), frente al general del resto de compañeros y del profesorado encargado de su educación, los cuales, como ya se expuso, con el uso obligatorio de la mascarilla dentro del centro escolar, se encuentran protegidos al entrar en contacto con aquél.

Se presenta como un tanto tremendista la posición de la Administración en este punto, aludiendo a un colapso del sistema sanitario y a la vida, integridad física y salud de las personas. No se discuten las medidas sanitarias adoptadas y su necesidad como consecuencia de la pandemia. La ponderación de intereses debe enfocarse a los concurrentes en cada supuesto y no a los generales o difusos. El interés colectivo o general, en el supuesto de autos, no se ve perturbado y queda protegido al ser obligatorio el uso de la mascarilla en el centro escolar. En cambio, hay un menor que sufre daños en su salud, por lo que debe prevalecer su interés particular.

En consecuencia, en cuanto que la ejecución del acto impugnado puede hacer perder la finalidad legítima al recurso, y teniendo en cuenta la valoración de los intereses en conflicto anteriormente expuesta, debe acordarse el mantenimiento de la medida cautelar.

QUINTO.- Sin expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda el mantenimiento de la medida acordada.

Sin expresa condena en costas.

Notifíquese la anterior resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 15 días desde su notificación.

Así lo acuerda manda y firma D. g j Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de esta Ciudad; doy fe.

Lo acuerdo y firmo.
El Magistrado

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de seujudicial.gencat.cat

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, 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 y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso,

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR

rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejcat.justicia.gencat.cat/IAP/consultaCSV.html
Data i hora 04/10/2021 14:01
Codi Segur de Verificació: J43HR6GM93LY093JK6FCRTK21BU93ZR
Signat per García Navarro, Santiago Alejandro;

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

En aplicación de la Orden JUS/394/2020, dictada con motivo de la situación sobrevenida con motivo del ***COVID-19:***

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.

- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.