



Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 07 de Barcelona

XXXXXX

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Letrado, D. Víctor Morales Venero, en nombre y representación de Dña. XXXXXXXXXXXX y de D. XXXXXXXXX, actuando en representación de su hijo menor XXXXXXXXXXXX, se ha interesado la adopción de la medida urgente prevista en el artículo 135 de la LJCA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE reclama que el control jurisdiccional (artículo 106.1 de la CE), haya de proyectarse sobre la ejecutividad del acto administrativo. El Tribunal Constitucional en sentencia 14/92 proclamó que la tutela judicial no es tan sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, viniendo afirmando con reiteración la jurisprudencia de dicho Tribunal que la justicia cautelar se configura como otra manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, junto al derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

La Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contenciosa Administrativa en el capítulo II del Título VI prevé la posibilidad de adoptar a instancia de parte “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Los presupuestos básicos se recogen en los dos primeros artículos (129 y 130), cuya conjunción permite deducir que se adoptarán cautelares encaminadas a asegurar la efectividad de la sentencia a dictar en el proceso, tras una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, siempre que se aprecie que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, pudiendo denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada. Deberán otorgarse las medidas solicitadas cuando su concesión sea imprescindible para asegurar el legítimo fin del pleito, teniendo presente que si la finalidad legítima de cualquier recurso es evitar la actuación administrativa u obligar a la Administración a una determinada actuación-, esta finalidad sólo permite la adopción de la medida cautelar cuando estemos ante la imposibilidad de restituir “in natura” la situación perjudicada por la ejecución del acto, esto es cuando no sea posible tras una sentencia estimatoria, restituir al recurrente a la situación que tenía o debía tener si la Administración hubiera actuado correctamente, no pudiendo adoptarse en aquellas otras situaciones de fácil reversibilidad. La Ley 29/98 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa administrativa no ha derogado ni modificado el artículo 56 de la Ley 30/92 por lo que al igual que en el sistema de la derogada LJCA de 1956, la regla general es la ejecutividad del acto administrativo y la suspensión la excepción, sin que el mero hecho de interponer recurso contencioso administrativo suponga, necesariamente, la suspensión de la actuación administrativa impugnada.





La medida cautelar solicitada viene regulada en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Según Auto del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1999 ha declarado que *"el otorgamiento de las medidas cautelares según previsión contenida en el artículo 135 de la nueva ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que esta Sala puede dispensar (a reserva de su ulterior ratificación, modificación o levantamiento) sin oír a la Administración y a las partes codemandadas, tiene como presupuesto habilitante que concurra una "especial urgencia" en la necesidad de su adopción. La tutela cautelar "inaudita altera parte", a que se refiere el artículo 135 citado, sólo es posible, pues, ante circunstancias que pongan de manifiesto una urgencia excepcional o extraordinaria, esto es, de mayor intensidad que la normalmente exigible para la adopción de las medidas cautelares que, según lo trámites ordinarios, se produce al término del incidente correspondiente, con respecto del principio general de audiencia de la otra parte. La nueva Ley consiente que se sacrifique, de manera provisional, dicho principio de contradicción sólo cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar ni siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal"*.

Para la adopción de una medida cautelar regulada en el citado precepto será necesario que se den las circunstancias necesarias para decretarla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129.1 y 130.1 de dicha Ley, y que existan circunstancias de especial urgencia, que obliguen a adoptarla sin oír a la parte contraria, siendo necesaria la comparecencia cuando se adopta la medida y, por tanto, si no concurre alguno de los requisitos citados, la consecuencia será la tramitación ordinaria, en su caso y se insta así de la pieza de medida cautelar (artículo 131), sin acceder "inaudita parte" a la medida cautelar.

SEGUNDO.- El requisito esencial sobre el que pivota la medida interesada es la especial urgencia, hecho que debe quedar acreditado de forma indubitada por la parte peticionaria.

En el supuesto de autos, dada la inmediatez del comienzo del curso 2021-2022, previsto para el próximo lunes 13 de septiembre, es por lo que procede apreciar la especial urgencia.

En cuanto a los requisitos exigidos para la adopción de la suspensión cautelar ex artículo 129 y ss de la LJCA, procede su análisis.

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 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 la recurrente 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, de 16 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)”*.

Se considera que concurre el requisito analizado. Y ello porque se acredita que el uso de la mascarilla por el menor le puede generar perjuicios desde el punto de vista médico, al estar en juego su salud. Junto al escrito rector de la presente medida se acompañan certificados médicos en los que se hace constar que el menor, debido al uso de la mascarillas, sufre cefaleas intensas, vómitos y trastornos neurovegetativos, por lo que debe quedar exento de su uso.

A mayor abundamiento, el artículo 6.2 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la





crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece: “2. La obligación contenida en el apartado anterior no será exigible para las personas que presenten algún tipo de enfermedad o dificultad respiratoria que pueda verse agravada por el uso de la mascarilla o que, por su situación de discapacidad o dependencia, no dispongan de autonomía para quitarse la mascarilla, o bien presenten alteraciones de conducta que hagan inviable su utilización.

Tampoco será exigible en el caso de ejercicio de deporte individual al aire libre, ni en los supuestos de fuerza mayor o situación de necesidad o cuando, por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias”.

En atención al tenor del artículo y a las consecuencias que el uso de la mascarilla supone para el menor, se entiende que no le es exigible. Decisión que se sustenta, como se ha expuesto con anterioridad, en los certificados médicos anteriormente citados.

CUARTO.- En cuanto al criterio de ponderación de los intereses concurrentes, como señala la precitada STSJ de Cataluña, 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» (STS de 15 de marzo de 2005).

Así lo pone de manifiesto también la STS, Sala 3ª, de 15 de septiembre de 2003, 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).

Pues bien, acreditado cual es el perjuicio para el interés particular del menor, debe prevalecer el mismo frente al general del resto de compañeros y del profesorado encargado de su educación, los cuales, con el uso obligatorio de la mascarilla dentro del centro escolar, se encuentran protegidos al entrar en contacto con aquél.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que declaro haber lugar a la medida cautelarísima interesada por el Letrado, D. Víctor Morales Venero, en nombre y representación de Dña. XXXXXXXXXXXX y de D. XXXXXXXXXXXX, actuando en representación de su hijo menor XXXXXXXXXXXX.





Dése traslado por tres días a la parte demandante, a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal para que se pronuncien sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la suspensión adoptada. Las partes podrán aportar la documentación que estimen oportuna sobre el objeto de esta medida cautelarísima, debiéndose aportar por la Administración demandada el Expediente Administrativo correspondiente.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acuerda manda y firma D. XXXXXXXXXXXX, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 7 de Barcelona; doy fe.

