



Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Tarragona

Avenida Roma, 23 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977 920021
FAX: 977 920051
EMAIL: contencios1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314845320208002326

Derechos fundamentales (Art.177) 109/2020 - P.S.Medidas cautelares coetáneas 39/2020 -A

Materia: PE derechos fundamentales en materia de personal

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
Para ingresos en caja. Concepto: 4221000010003920
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Tarragona
Concepto: 4221000010003920

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante: XXXXXXXXXX
Procurador/a:
Abogado/a: José Antonio Bitos Rodríguez

Parte demandada/Ejecutado: INSTITUT CATALÀ DE
LA SALUT
Procurador/a:
Abogado/a:
Abogado/a de la Generalitat

AUTO

Magistrado que lo dicta: Guillermo Peral Fontova

Lugar: Tarragona

Fecha: 3 de abril de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

Único. En el recurso indicado el/la Abogado/a José Antonio Bitos Rodríguez en nombre y representación de XXXXXXXXXX ha solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en dispensarle de su obligación de acudir a su puesto de trabajo por entender que concurren circunstancias de especial urgencia.

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.

La doctrina general sobre medidas cautelares ha sido reiterada por la jurisprudencia, citándose, como dictada en fechas próximas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2016, en el recurso 2966/2015, que en su Fundamento Jurídico Segundo, en la parte relevante, nos dice *“El tercer motivo de casación, basado en la infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741) , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, no puede ser acogido, pues consideramos que la Sala de instancia ha realizado un análisis pormenorizado del periculum in mora y de los intereses en juego, acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, al sostener que no procede acordar la suspensión del pronunciamiento tercero de la resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 6 de noviembre de 2014, puesto que no se evidencia que la ejecución de la orden de intimación para que la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) cese en la conducta infractora y se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas produzca daños de carácter irreversible, y manifestar que debe prevalecer el interés general que exige evitar que se produzca una explotación abusiva de la posición de dominio que perpetúe el cobro de tarifas que se califican de «no equitativas» y «excesivas».*

Por ello, descartamos que los Autos de la Sala de instancia recurridos infrinjan la doctrina del Tribunal Constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formuladas en materia de medidas cautelares, teniendo en cuenta que, como dijimos en





la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2854) (RC 3464/2007), reiterando una consolidada doctrina expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RJ 2002, 8812) (RC 3507/1998), y que se transcribe en el auto de 16 de julio de 2004 (PROV 2005, 441) (R 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 218/1994 (RTC 1994, 218), 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 (RCL 1978, 2836) ("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 (RCL 1956, 1890), 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 (RJ 1990, 10412). 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, ha de tenerse presente que el Juzgado Contencioso-administrativo 2 de esta Ciudad ya ha dictado un Auto concediendo la medida cautelar interesada en un supuesto similar al que nos ocupa: dicho Auto señaló que “Pues bien, en el presente supuesto y examinada la solicitud de la medida cautelarísima formulada por el recurrente en su escrito de demanda, así como, a la vista de la documentación aportada conjuntamente a dicho escrito de demanda, existen elementos que llevan a otorgar la medida solicitada.

El recurrente es funcionario del cuerpo de Mozos de Escuadra y esta destinado en la Unidad de Seguridad Ciudadana de El Vendrell, padece diabetes melitus tipo 2 recibiendo tratamiento farmacológico en la actualidad.

En el Informe Técnico sobre Enfermedad coronavirus COVID-19 de 17 de marzo de 2020 emitido por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad, se incluyen a las personas diabéticas entre los grupos de mayor riesgo de desarrollar enfermedad grave por COVID, y se hace constar que tras los estudios realizados en China y por la misión de la OMS, el porcentaje de letalidad entre los pacientes diabéticos y enfermos por COVID-19 alcanza el 9,2%, y se sitúa en el segundo grupo de personas con mayor riesgo de muerte si desarrollan la enfermedad.

En Documento técnico del Ministerio de Sanidad para la Prevención y control de la infección en el manejo de pacientes con COVID-19 (versión 20 de febrero de 2020) se establecen como medidas dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores que “debe evitarse la exposición de los trabajadores sanitarios y no sanitarios que, en función de sus características personales o estado biológico conocido, debido a patologías previas, medicación trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia, sean considerados especialmente sensibles a este riesgo.

Y en la Instrucción de la Conselleria de Funció Pública n.º 3/2020, de 13 de marzo, sobre medidas preventivas, de protección y organizativas de aplicación al personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya con motivo del coronavirus SARS-CoV-2 se reconoce el derecho de los trabajadores y empleados públicos que presten servicios en sectores estratégicos y padezcan enfermedades crónicas, (entre las que se incluye expresamente la diabetes), a obtener permiso por deber inexcusable al amparo del art. 96.1,d) del Decreto legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el cual se aprueba el Texto refundido de determinados textos legales vigentes en Catalunya en materia de función pública y normativa laboral.





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 el recurrente, de imposible reparación, en cuanto afectantes a su salud. La medida solicitada se entiende además adecuada no solo atendiendo al interés particular del recurrente, en lo concerniente a su salud, sino además para el interés general de salud pública, pues la minimización de la exposición al covid-19 de personas especialmente vulnerables, como es el caso del recurrente, redundará en beneficio e interés de la salud pública, ante la grave situación de pandemia existente en la actualidad.”

La instrucción 3/2020 establece en su apartado 2.1, relativo al personal de servicios básicos, lo siguiente: “No obstant l'anterior, als empleats públics amb alteració del sistema immunitari o malalties cròniques (cardiovasculars, hipertensió, pulmonar, renal, diabetis, entre d'altres) obesitat mòrbida i empleades embarassades se'ls concediran els permisos a què fa referència la lletra b) [deure inexcusable]”. En este caso, concurre el mismo supuesto que en el considerado por el Juzgado número 2, pero además se dan tres circunstancias de riesgo: la enfermedad cardiovascular, enfermedad autoinmune y enfermedad pulmonar crónica como es el asma, con ataques severos. Por lo tanto, y a priori, el recurrente debía haber obtenido un permiso por deber inexcusable, según la instrucción recibida, sin que consten en este momento las razones por las que ello no es así. La medida cautelarísima, pues, ha de concederse, sin perjuicio de lo que definitivamente proceda resolver.

Ha de tenerse presente, sin embargo, que no consta aportada la resolución denegatoria del permiso de que se trata, y que la documentación aportada, siendo de 2019, no subsana esta cuestión. Por lo tanto, serán de particular interés las alegaciones que la Administración demandada pueda efectuar en el presente caso.

Por todo lo anterior,

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo la medida cautelar solicitada por el/la Abogado/a José Antonio Bitos Rodríguez en nombre y representación de ██████████ consistente en dispensarle de su obligación de acudir al puesto de trabajo.

Asimismo acuerdo dar audiencia a la parte contraria por un plazo de **TRES** días, para que alegue lo que estime procedente.

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





Lo acuerdo y firmo.
El Magistrado

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).

