

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

AUTO: 00204/2018

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

**N.I.G:** 47186 33 3 2018 0000511

**Procedimiento:** PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000514 /2018 0001 P

**Sobre:** EDUCACION Y UNIVERSIDADES

**De D./ña.**MARIA JOSE SANTAOLAYA GARCIA

**ABOGADO** MARIA ROSARIO ACHUCARRO BAGUÉS

**PROCURADOR** D./D<sup>a</sup>. MARIA CARMEN DE BENITO GUTIERREZ

**Contra** D./D<sup>a</sup>. CONSEJERIA DE EDUCACION

**ABOGADO** LETRADO DE LA COMUNIDAD

**PROCURADOR** D./D<sup>a</sup>.

**AUTO nº 204**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS**  
D<sup>a</sup> ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA  
D<sup>a</sup> ENCARNACIÓN LUCAS LUCAS  
D. FELIPE FRESNEDA PLAZA

En Valladolid, a 11 de junio de 2018.

**HECHOS**

**PRIMERO.** Por la parte recurrente en el presente procedimiento, Dña. María José Santaolaya García, se solicita por medio de otrosí en su escrito de interposición del presente recurso contencioso-administrativo, que se proceda a la suspensión del acuerdo recurrido en el presente procedimiento, que es la Orden EDU/246/2018, de 2 de marzo, por la que se convocan procedimientos selectivos de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos de profesores de enseñanza secundaria, profesores técnicos de formación profesional, profesores de escuelas oficiales de idiomas, profesores de música y artes escénicas, profesores de artes plásticas y diseño y maestros de taller de artes plásticas y diseño, así como procedimiento de baremación para la constitución de listas de aspirantes a ocupar puestos docentes en régimen de interinidad en los mencionados cuerpos y acreditación de la competencia lingüística en lenguas extranjeras.

**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 en pro de la denegación de la adopción de la medida cautelar interesada.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Felipe Fresneda Plaza.

## 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 particular –de imposible o difícil reparación en dicción de la antigua ley-, haciendo perder su finalidad legítima al recurso, “periculum in mora”.

**SEGUNDO.** Lo que, en definitiva, se dilucida en las alegaciones de la parte actora, es la pretensión de que previamente al proceso selectivo ordinario para la provisión de las plazas vacantes existentes, que es el objeto de la convocatoria, debió efectuarse un proceso de consolidación del empleo temporal.

Este planteamiento nos lleva a analizar en primer lugar posible aplicación de la 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 concurran 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 adoptando 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 posibilidad de reparar los mismos en uno y otro caso.

**TERCERO.** La aplicación de la presente doctrina al supuesto analizado nos ha de llevar a la conclusión de que no es procedente la pretensión de que se procediera previamente a efectuar una selección vía consolidación de empleo para quienes ostentan la condición de funcionarios interinos. Ha de tenerse en cuenta que la Sala se pronunció en un sentido contrario, respecto a diversos asuntos análogos al que nos ocupa, en cuanto que las bases de la convocatoria, en la fase de concurso, ponderaban de forma desproporcionada los méritos de quienes habían prestado servicios a la Administración con el carácter de funcionarios interinos, buscando el acceso a la función pública por la vía de consolidación del empleo. Ello llevó a la adopción de la medida cautelar suspensiva en los procesos selectivos en que se llevó a cabo una convocatoria en que se primaba desproporcionadamente los expresados méritos prestados con carácter de interinidad, en forma tal que se hacía ilusorio el acceso de los demás aspirantes, lo que llevaba a la vulneración de los principios de mérito y capacidad. En tal sentido puede citarse el auto de 11 de septiembre de 2007, recaído en el recurso 822/2007. Ulteriormente en dicho procedimiento recayó sentencia definitiva de fecha 8 de septiembre de 2010 -entre otras muchas con contenido análogo-, de la que hay que resaltar sus fundamentos de derecho 3º y 4º, en los que se expresaba:

“**TERCERO.** Similar cuestión a la ahora analizada ya fue resuelta por nuestra reciente sentencia de veintitrés de junio de dos mil nueve, recurso 741/2006, la cual, que reproducía parte de los argumentos que expresábamos en la de 3 de junio de 2.008, recurso 878/06, citándose, a su vez en esta la 30 de noviembre de 2.007 dictada en el Recurso nº 2497/2003. Si extractamos el contenido de aquellas sentencias, se pueden efectuar las siguientes consideraciones:

A) Sobre la validez de los procesos de consolidación de empleo, decíamos "... si en abstracto cabe mantener que en los procesos denominados de consolidación de empleo pueden valorarse los servicios prestados en régimen de interinidad, por desprenderse de lo establecido en la antes citada disposición adicional primera de la Ley 21/2002, de 27 de diciembre..... .... no por ello ha de entenderse que se permite arbitrar cualquier tipo de ponderación de tales méritos -los derivados de la prestación de servicios en régimen de interinidad-, sino que la valoración debe efectuarse en forma tal que permita ponderar el mérito y capacidad de otros aspirantes que no tengan esa condición - interinos-, a quienes, con la configuración que se otorgue a los méritos, debe permitírseles que puedan acceder a las plazas, por más que se valoren también los méritos de quienes prestan servicios en régimen de interinidad.

Así se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo y 8 de junio de 2005, en las que se dilucidaban casos similares al ahora analizado. De estas sentencias, que efectúan una exégesis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en casos similares, puede extraerse como conclusión la de que la valoración de los méritos prestados en régimen de interinidad no puede configurarse en forma tal que haga ilusorio el derecho al acceso en condiciones de igualdad de los demás aspirantes conforme al mérito y capacidad acreditado de cada uno de ellos, lo cual determinaría una vulneración del artículo 23.2º de la Constitución Española.

B) La habilitación para convocar este tipo de procesos de consolidación y fijar el concurso-oposición como sistema de ingreso se encuentra en la Ley 21/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Económicas, Fiscales y Administrativas, ya aludida con anterioridad, cuya Disposición Final Primera establece que "La Administración de Castilla y León promoverá planes de estabilidad en el empleo mediante la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino y para la consolidación del empleo temporal estructural y permanente previamente determinado por la Junta de Castilla y León, que se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad mediante el sistema selectivo de concurso-oposición, de acuerdo con las previsiones contenidas al respecto en la Ley de Ordenación de la Función Pública de Castilla y León"

C. Los denominados procesos de consolidación son procesos abiertos de forma tal que en los mismos no puede hacerse ilusoria la participación del resto de los aspirantes. Las sentencias referidas se expresan en los siguientes términos sobre el particular: *El denominado proceso de consolidación no supone restricción alguna a la concurrencia de los aspirantes, siendo un proceso abierto a todos aquellos que reuniendo las condiciones de capacidad deseen participar en el mismo, debiendo ser tal posibilidad de concurrencia no meramente formal, por lo que se ha de conciliar la valoración como mérito de los servicios prestados en régimen de interinidad con los demás posibles méritos de otros aspirantes y ello en forma tal que no se haga ilusoria la posibilidad de acceso de los mismos a las plazas convocadas.*

4. Aun permitiéndose la valoración de los méritos prestados con el carácter de interinos, su valoración no puede ser desproporcionada de forma tal que haga ilusoria la participación de otros aspirantes. Conjugando los principios antes expresados se llega a la conclusión en las sentencias citadas

anteriormente como es la citada de 3 de junio de 2008 de que “aquí también se produce una valoración desmesurada del mérito de los servicios prestados en calidad de interino en la Comunidad Autónoma de Castilla y León en relación a los otros, sobre todo si se tiene en cuenta la ponderación en la valoración total de la puntuación asignada por la titulación académica -que es el otro mérito posible- y por la fase de oposición. E incluso puede decirse que esa desproporción se aprecia de manera más evidente en nuestro caso, pues no ya es que se valoren de forma desproporcionada los servicios prestados en la Comunidad Autónoma en relación a los desempeñados en otras Administraciones distintas, sino que para éstos se elude asignar puntuación alguna; y sucediendo asimismo que al otro mérito -el de la formación académica- tan sólo le corresponden 5 puntos (eran 2 en el recurso 2497/03”).

5 Como conclusión, la propia sentencia expresa lo siguiente:

Así las cosas, teniendo en cuenta la puntuación asignada al mérito contemplado en la base cuestionada, y al no existir ningún otro a mayores de los dos indicados -servicios como interino en la Administración convocante y titulación académica-, la resultante es que, pese a que aparentemente se trate de un proceso abierto, en realidad se hace ilusorio para cualquier aspirante que no acredite servicios en la Comunidad Autónoma convocante lograr la superación del proceso selectivo, ello aún cuando tuviera una elevada puntuación en la fase de oposición y un excelente expediente académico. Y no es que neguemos la posibilidad de puntuar por el aludido mérito, sino que lo que queremos significar es que el mismo, aún cuando pueda ser objeto de ponderación en las pruebas selectivas que se convoquen en el marco de procesos de consolidación de empleo temporal, conforme a la aludida disposición adicional primera de la Ley 21/2.002, no podrá serlo sin embargo con la ponderación que lo ha sido en el caso enjuiciado, en que como decimos prácticamente se veda el acceso a aquellos aspirantes que no lo acrediten, suponiendo ello una vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española por cuanto se infringen los principios de igualdad de acceso a los puestos públicos, como también los de mérito y capacidad.

Más adelante se señala:

“Resumiendo todo lo razonado, podemos decir que la base impugnada establece una valoración desproporcionada de los servicios prestados en régimen de interinidad en la Comunidad de Castilla y León, la que ponderada en relación con la puntuación que puede conseguirse en la fase de oposición y por el otro mérito, hace ilusorio en la práctica el acceso a las plazas convocadas, en condiciones de igualdad, y ello no sólo a quienes no hayan prestado servicios en ese régimen, sino también a aquellos que los hubiesen desempeñado pero en administraciones distintas, e incluso a los que los hayan acreditado como funcionarios de carrera, en este caso cualquiera que fuera la Administración en que se hubiesen prestado los mismos. Y aunque efectivamente se trate de un proceso abierto, en el que puedan participar todos aquellos que lo deseen y reúnan las condiciones de capacidad, no puede sin embargo ser tal posibilidad de concurrencia meramente formal, sino que como antes decíamos debe conciliarse la valoración de este mérito de los servicios prestados con los demás posibles de otros aspirantes, para no hacer ilusoria la posibilidad de acceso de los mismos a las plazas convocadas”.



CUARTO. Todos los argumentos antes expresados son trasladables al caso analizado, pues como en los supuestos planteados en la sentencias referidas en el concurso se valoran de una forma muy preponderante los servicios prestados a la propia Administración en régimen distinto a propiedad –como interinos o sustitutos-, de forma tal que esta valoración, teniendo en cuenta que solo se valoran junto a tales servicios los relativos a formación académica del apartado b de la propia base 7.2, de una forma poco relevante, 5 puntos, frente a los 40 posibles por prestación de servicios. Por ello se ha de llegar a la conclusión de que se hace ilusorio el derecho al acceso en condiciones de igualdad de todos los aspirantes del artículo 23.2 de la Constitución Española, y ello aunque se tenga en cuenta la globalidad del proceso selectivo, pues el 45 por ciento de la totalidad de la puntuación atribuida al concurso, frente al 55 por ciento restante de la fase de oposición -prevista en el apartado 1.7.1 de las bases, y consistente en contestar a un cuestionario de 150 preguntas con respuestas múltiples en relación con el temario que figura como anexo-, supone que la fase de concurso deba tener un significado decisivo para dar respuesta a la selección de aspirantes.

Y ello siguiendo la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que viene constituida por la sentencia de 2 de junio de 2003 de la que se desprende que pueden tenerse en cuenta servicios prestados en régimen de interinidad siempre que su importancia cuantitativa no sea tal que se rebase el límite de lo tolerable. Con ello se ha de poner de relieve que se trata de una cuestión de medida de lo que constituya una ponderación adecuada de los servicios prestados en régimen de interinidad, y en este caso la valoración por todo lo razonado no se encuentra adecuada, al ser desproporcionada frente a lo que expresábamos en nuestra sentencia de 19 de junio de 2.009 y 13 de julio pasado en la que frente a lo que ahora acontece los méritos por prestación de servicios se ponderaban a razón 0,05 por cada mes completo de servicios, con un máximo de 6, frente a lo que acontece en la actualidad en que son 0,22 con un máximo de 40 puntos”.

**CUARTO.** Si llegaba a la solución expresada de anulación del proceso selectivo, desde la óptica de la inclusión de méritos, que se reputaba desproporcionada en cuanto a la valoración en fase de concurso, como se ha dicho, de los méritos prestados con carácter interino, la pretensión de que exista un proceso selectivo previo, por la vía del concurso, dirigida a quienes han prestado servicios con carácter interino, sería aún más inidónea para efectuar el proceso selectivo, ya que el artículo 61.6 del Estatuto Base del Empleado Público solo permite el concurso de forma excepcional para acceder a la función pública, previa la habilitación por norma con rango de Ley. Y esta Ley no existe en el presente caso en cuanto que, como se expresa en la exposición de motivos de la orden de la convocatoria, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, y el artículo 17.2 del Reglamento de ingreso, acceso y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes, aprobado por el Real Decreto 276/2007, el sistema ordinario de acceso es el concurso-oposición.

Por lo tanto, una vez que en la fase del concurso se valoran como mérito los servicios previamente prestados con carácter interino, ha de entenderse que ello permite sopesar dichos méritos en la globalidad del proceso selectivo.

Por todo ello, desde la óptica analizada, propia de esta “sumaria cognitio”, sin perjuicio de la decisión definitiva que se adopte en el momento de dictar sentencia, no puede entenderse que se den los presupuestos necesarios para acordar la suspensión interesada.

**QUINTO.** Desde la perspectiva de la reparabilidad del perjuicio que pudiera causarse al recurrente por la ejecución del acto impugnado, a consecuencia de la prosecución del proceso selectivo impugnado, es obvio que, en las diversas hipótesis que pueden contemplarse, no existen perjuicios de difícil o imposible reparación.

En tal sentido ha de decirse que en las referidas hipótesis –por otro lado no acreditadas debidamente por el recurrente– siempre cabría la satisfacción por la Administración de las cantidades en que se pudieran evaluar tales hipotéticos perjuicios, dada la solvencia de la Administración para proceder al pago de tales cantidades, y ello aún en el caso de que se determinara por la Sala que el proceso selectivo impugnado no se ajustase a Derecho.

Por todo ello, la posible suspensión del acto administrativo con la imposibilidad de proseguir un proceso selectivo que deberá culminar con la cobertura de las plazas convocadas supone un superior daño para el interés público, que se verá privado de la prestación de servicios por los funcionarios seleccionados, que el eventual y no acreditado perjuicio que se puede generar para la parte actora en la hipótesis contraria de prosperar sus pretensiones en la presente vía jurisdiccional. Ante esta contraposición de intereses enfrentados, la Sala debe inclinarse por el juego normal de la ejecutividad del acto, demandado por el interés público que en principio se haya insito en todo acto administrativo dada su presunción de validez.

Procede, por consiguiente, no acceder a la suspensión del acto solicitada, y ello tanto desde la perspectiva del “fumus boni iuris”, como desde la óptica de los perjuicios que pudiera causarse a consecuencia de la ejecutividad del acuerdo, siendo superior el posible perjuicio que se causaría al interés público a consecuencia de la no ejecución del acto.

**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 no 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:

No procede la adopción de la medida cautelar de suspensión interesada del acto recurrido en este procedimiento.

Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días.

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