

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCION 5**

Pieza de Medidas Cautelares nº: 5 /000639/2016-

N.I.G: 46250-33-3-2016-0003901

Demandante/Recurrente: XXX

Procurador/Ltrado: XXX /

Demandado/Recurrido: CONSELLERIA DE EDUCACION, INVESTIGACION, CULTURA Y DEPORTE

Procurador/Ltrado: /ABOGADO GENERALITAT VALENCIA

A U T O 485/16

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. FERNANDO NIETO MARTIN

Magistrados:

D. JOSE BELLMONT MORA

D^a ROSARIO VIDAL MAS

D EDILBERTO NARBON LAÍNEZ

D^a BEGOÑA GARCÍA MELÉNDEZ

En VALENCIA, tres de octubre de dos mil dieciséis.-

Dada cuenta; y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Por la parte recurrente se interpone recurso contencioso administrativo frente a la orden 25/2016 de 13 de junio de la Consellería de educación, investigación, cultura y deporte por la que se regulan las condiciones, el procedimiento de solicitud y de autorización de un plan específico de organización de la jornada escolar en los centros sostenidos con fondos públicos de segundo ciclo de Educación infantil primaria y educación especial de la comunidad valenciana, contra la Resolución de 15 de junio de 2016 del Director general de política educativa por la cual se aprueba el calendario previsto en la orden 25/2016 y contra el proyecto de plan específico de organización de la jornada escolar del colegio público voramar de Alicante con informe favorable de la Dirección general de política educativa de 15 de julio de 2016 y frente a los actos administrativos que traigan causa de éstos solicitando en el OTROSI DIGO de su escrito de interposición la adopción de la medida cautelar de suspensión de la disposición y actos administrativos impugnados por considerar que la aplicación de la misma puede provocar daños y perjuicios irreversibles y hacer perder la finalidad legítima del recurso.

SEGUNDO.-Formada pieza separada y habiéndose dado traslado de la petición actora a la parte demandada, ha formulado oposición invocando la ausencia de requisitos para la adopción de la medida cautelar.

Quedando los autos sobre la mesa de la Magistrado ponente para dictar la resolución oportuna.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-La parte recurrente interpone el presente recurso solicitando a través del OTROSI DIGO la suspensión de la aplicación de la Orden y actos administrativos dimanantes de ésta y también impugnados por considerar que la aplicación de la misma puede ocasionar daños y perjuicios irreversibles y hacer perder la finalidad legítima al recurso sin que exista justificación alguna sobre la excepcionalidad prevista en la norma y menos aún la mejora en la educación, encontrándonos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho , el hecho de que en los centros en los que se ha implantado esta jornada ha resultado un auténtico fracaso así como que resulta perjudicial para la salud de los menores y concluye solicitando la adopción de la medida interesada.

SEGUNDO: Por su parte la administración demandada se opone a la suspensión de la orden en los siguientes términos:

Invoca con carácter previo, que la parte recurrente no realiza en relación con la medida cautelar solicitada invocación alguna de los presupuestos del art. 129 de la LJCA para acordar su adopción.

Y rechaza en todo caso, la apariencia de buen derecho, fumus bonis iuris y demás requisitos de los art. 129 y siguientes de la LJCA para poder adoptar la medida solicitada.

TERCERO: Procede destacar con carácter previo la naturaleza de la pieza separada en la que se está enjuiciando la cuestión que en este momento debemos resolver y que no es otra, ni puede ir más allá, del estricto enjuiciamiento de la concurrencia de los presupuestos exigidos por los art. 129 y siguientes de la LJCA para acordar la suspensión de la disposición de carácter general impugnada, sin poder entrar a valorar, para adoptar dicha decisión argumentos o motivos de fondo que sin duda, de una lectura de los escritos presentados, se formulan por las partes, destacando por ello que no procede, en esta sede, abordar el examen de causas de inadmisibilidad como puede ser la pretendida falta de legitimación de la actora contando la demandada con los instrumentos procesales adecuados para promover tales causas en los autos principales y no en la presente pieza cuyo conocimiento y enjuiciamiento se encuentra restringido en los términos expresados.

Sentado lo anterior, para el adecuado análisis de la cuestión planteada hay que partir de la regla general de los principios de eficacia y ejecutividad de los actos administrativos, contemplados en los artículos 103 de la Constitución Española, 56, 94 y 111 de la Ley 30/1992, en relación con la presunción de legalidad de los mismos del artículo 57 de la misma.

Por su parte, el art. 129 de la Ley 29/1988 de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, permite a los interesados solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, en armonía con el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

El art. 130 de la citada Ley de la Jurisdicción, establece que 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, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Asimismo, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Así pues, de la normativa anteriormente expuesta se desprende que esta Sala deberá previamente realizar una valoración de los intereses en conflicto y, seguidamente, acordar la medida cautelar interesada sólo en el supuesto de que la ejecución del acto impugnado inviabilizara la legítima finalidad del recurso, salvo grave perturbación de los intereses generales.

Tal valoración deberá tener presente los criterios mantenidos por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional y que pueden sintetizarse en: la naturaleza del daño, la seriedad de los motivos de impugnación del acto o disposición y la relación de los mismos con los intereses generales.

Respecto a la naturaleza del daño, el Tribunal Supremo exige la irreparabilidad o difícil reparación que la ejecución pudiera ocasionar, por lo que ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa.

Y así, 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 sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución y, desde luego, es al interesado a quien corresponde la carga de probar indiciariamente la concurrencia de los daños y perjuicios (Auto TS 7.3.96), es decir, los elementos, fundamentos y circunstancias de los que se derivan aquéllos.

Como destaca el ATS 16827/2007 de 12 de diciembre "El máximo interprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), 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).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar que "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 este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de 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" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que 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).

Y sigue diciendo el ATS que analizamos que:

“Los criterios anteriores conducen a que se venga reiterando por este Tribunal 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; Auto de 27 de noviembre de 2006 con cita de amplia jurisprudencia). Y solo en caso de grave daño individual cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993, Sentencia de 12 de julio de 2004).” Pronunciamientos asimismo manifestado en el auto de 12 de diciembre de 2006, recurso 48/2006 .

También se insiste (auto de 27 de noviembre de 2006, recurso ordinario 53/2006, con cita de los Autos de 22 de febrero de 1996, 22 de marzo de 1993, 19 de julio de 2000 y 8 de octubre de 2004) que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución.

CUARTO.- A la vista de cuanto se ha expuesto, las medidas cautelares tienen un distinto tratamiento, más restrictivo, cuando el objeto del procedimiento es una disposición de carácter general; en el presente caso, el supuesto de hecho que determina en estos casos la existencia de apariencia de buen derecho, es decir, la nulidad por preexistencia de un pronunciamiento previo de los Tribunales, no se ha producido en este momento.

Sentado lo anterior y examinadas las alegaciones del solicitante las mismas se refieren a motivos de fondo que sin duda exceden notoriamente del ámbito de esta pieza de medidas cautelares; sin concretar, ni siquiera invocar los perjuicios concretos que supondría el inicio del curso escolar en una jornada distinta a la que inicialmente se establecía en el momento de la matriculación alegando motivos de fondo que van más allá de un perjuicio actual, efectivo, real y concreto generado por la aplicación de la norma impugnada, invocación cuya generalidad impide que pueda ser acogida puesto que se trata de una cuestión que depende de muchas circunstancias, todas ellas personales, que deben ser alegadas con la concreción que requiere la valoración circunstanciada que hemos dicho anteriormente se exige para la adopción de cualquier medida cautelar, y que en este caso no se ha producido.

En todo caso y en relación con la suspensión de la Orden impugnada ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta misma Sala y sección en sentido desestimatorio en auto de fecha 13/9/16 dictado en procedimiento especial de vulneración de derechos fundamentales 448/16, sin que tampoco en dicho recurso se apreciaran los requisitos del art. 129 de la LJCA para acceder a la suspensión habida cuenta de la excepcionalidad en la suspensión de las disposiciones generales.

En consecuencia de todo ello, procede desestimar la medida solicitada, con imposición de costas a la parte actora limitadas, por todo concepto, a la cantidad de 500€, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

LA SALA ACUERDA: DENEGAR la medida cautelar solicitada por la parte recurrente con expresa imposición de costas limitadas a la cuantía de 500 euros.-

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días ante la Sala

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados anotados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado y pasa notificar. Doy fe.