

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Sexta**

C/ General Castaños, 1 , Planta Baja - 28004

33016330

**NIG:** 28.079.00.3-2016/0022022



(01) 30768322024

**Pieza de Medidas Cautelares 1053/2016 - 01 (Procedimiento Ordinario)**

**De:** COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERIA DE MURCIA

PROCURADOR D./Dña. JOSE LUIS GARCIA GUARDIA

**Contra:** CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE ENFERMERIA DE ESPAÑA

PROCURADOR D./Dña. MARAVILLAS BRIALES RUTE

**A U T O N° 292/2016**

**ILMO. SR. PRESIDENTE:**

D./Dña. CRISTINA CADENAS CORTINA

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

D./Dña. JOSE RAMON GIMENEZ CABEZON

D./Dña. LUIS FERNÁNDEZ ANTELO

En Madrid, a nueve de diciembre de dos mil dieciséis.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**UNICO.-** Que, interpuesto recurso contencioso-administrativo por el COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERIA DE MURCIA, se solicitó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado y formada al efecto la correspondiente pieza separada, se confirió traslado a la parte demandada con el resultado que obra en la presente pieza separada.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** El principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la CE reclama que el control jurisdiccional (art. 106.1 de la CE), haya de proyectarse sobre la ejecutividad del acto administrativo. El Tribunal Constitucional ya en sentencia 14/92 proclamó que la tutela judicial no es tal 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 (LJCA), en el capítulo II de su Título VI, prevé la posibilidad

de adoptar a instancia de parte “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Los presupuestos básicos al respecto se recogen en los dos primeros artículos (129 y 130), cuya conjunción permite deducir que se adoptarán medidas 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 pues 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. Asimismo la propia LJCA no ha derogado ni modificado el artículo 56 de la Ley 30/92, de 26-11, 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.

Todo ello conforme a jurisprudencia ya muy consolidada, cuya cita concreta no resulta por ello precisa, dado su general conocimiento.

**SEGUNDO.-** En aplicación de lo anterior una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo (recogida entre otros muchos en el ATS, Sala Tercera, Sección Cuarta, de fecha 26 de noviembre de 2001 y en el ATS, Sección Segunda, de 21 de septiembre de 2004), ha venido señalando los criterios que deben ser considerados a la hora de decidir sobre una medida cautelar, criterios que puede resumirse en los siguientes términos:

a) Con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

b) La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta por parte del Tribunal de los siguientes criterios:

. 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: "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 sea suficiente una mera invocación genérica.

. Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. La adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

. El periculum in mora. El aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, 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.

. La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. 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, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Ahora bien, el criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

. La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*). La más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho), siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997 "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del

pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros).

**TERCERO.-** En el presente caso la parte actora insta la suspensión de la ejecución de la actuación administrativa impugnada, que no es otra que el Acuerdo de dicho Consejo General ( Comisión Permanente ) de 14.09.16 , que declara nulo el Acuerdo del Colegio recurrente de 21.03.16, de convocatoria de elecciones a Junta de Gobierno del mismo, así como su publicación y actos posteriores de dicho procedimiento electoral.

La parte recurrente, basa su pretensión cautelar, extensamente fundamentada, en los perjuicios irreparables que se originarían al propio Colegio actor de no suspenderse el acto impugnado, dada la previsible duración del proceso y su eventual resultado, así como, fundamentalmente, en la apariencia de buen derecho que asistiría a su pretensión en autos, para lo que analiza en detalle el acto impugnado en relación con el acuerdo colegial que anula, sin concurrir perjuicio irreparable para el interés general.

La representación de la parte recurrida sostiene en el trámite conferido la total improcedencia de la suspensión , al no concurrir en modo alguno los requisitos para su adopción, dada la actuación impugnada, no habiendo acreditado la actora la existencia de pérdida de la finalidad legítima del recurso, ni el periculum in mora preciso al efecto, así como tampoco el fumus bonis iuris, en que basa principalmente su pretensión cautelar.

**CUARTO.-** Así las cosas, la Sala, vistas las alegaciones de ambas partes, así como la legalidad y jurisprudencia aplicativa que hemos transcrito, ha de inclinarse, se adelanta, por no decretar la medida cautelar suspensiva instada, en base a lo que sigue, concisamente expuesto:

1.- La justificación y necesidad de la medida cautelar instada no aparece en ningún caso nítida, dadas las circunstancias del caso y el contenido de la actuación impugnada, cuyo contenido material no implica las consecuencias que aduce la recurrente para postular su suspensión .

2.- Los perjuicios irreparables que arguye no resultan acreditados, ni afectantes per se al ámbito colegial, dada la normativa sectorial aplicable que permite y prevé soluciones al efecto para estos casos de anulación de procesos electorales.

3.- En cuanto a la apariencia de buen derecho, no puede apreciarse al tratarse de una discusión jurídica sobre la legalidad de la actuación impugnada, lo que debe ventilarse en la pieza principal, dada la recogida jurisprudencia en la materia.

4.- Por último, en la ponderación de intereses entre una y otra parte, ha de inclinarse para la Sala por la no suspensión de la ejecución del acto impugnado, dada la naturaleza y contenido de la decisión en cuestión, cuya suspensión tendría evidentes consecuencias en el ámbito colegial y profesional de que se trata.

Todo lo anterior sin entrar en modo alguno en la cuestión de fondo a debate, esto es, la procedencia o no de la legalidad de la decisión en cuestión.

La mera enunciación de lo anterior, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, lleva pues al fracaso de dicha pretensión cautelar de la actora.

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

### **PARTE DISPOSITIVA**

**LA SALA ACUERDA : NO HA** lugar a la medida cautelar interesada por el **COLEGIO OFICIAL DE ENFERMERIA DE MURCIA**, relativa a la suspensión de la ejecución del acto impugnado en tanto se sustancia el presente procedimiento.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **previa constitución del depósito** previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2420-0000-91-1053-16 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2420-0000-91-1053-16 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. anotados en el encabezamiento de la presente resolución. Doy fe.