

**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo
Contencioso-Administrativo de Málaga**

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320230001328.

Procedimiento: Recurso de Apelación 899/2023.

De: SINDICATO ANDALUZ DE BOMBEROS

Procurador/a: JOSE CARLOS GARRIDO MARQUEZ

Contra: AYUNTAMIENTO MALAGA y ASES. JUR. AYTO. MÁLAGA

Letrado/a: S.J.AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 695/2024

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTA:

D^a. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL

MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES

D. DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ

Sección Funcional 3^a

En la ciudad de Málaga, a catorce de marzo de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 899/23, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Garrido Márquez en representación del SINDICATO ANDALUZ DE BOMBEROS, asistido por la Letrada Sra. Blanco Muñoz, contra el Auto 101/2023, de 29 de mayo, dictado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 4 de Málaga en el seno de la pieza separada de medidas cautelares 166.1/2023; habiendo comparecido como apelado el EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y asistido por el Letrado adscrito a sus Servicios de Asesoría Jurídica Municipal Sr. Modelo Flores.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Gómez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación del SINDICATO ANDALUZ DE BOMBEROS se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto el 12 de enero de 2023 por dicho Sindicato contra la Instrucción de Servicio número 7/2022, dictada el 15 de diciembre de 2022 por la Dirección General de Extinción de Incendios, Protección Civil y Servicios de Emergencia del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga, mediante la que se establecía el Calendario Laboral del año 2023. Mediante quinto otrosí solicitó la adopción de medida cautelar de suspensión de dicha resolución.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga dictó, en la pieza separada formada con ocasión de dicha solicitud, a la que se asignó el número 166.1/2023, Auto de fecha 29 de mayo de 2023 por el que denegaba la solicitud de medidas cautelares antes referida.

TERCERO.- Contra dicho Auto se interpuso por el SINDICATO ANDALUZ DE BOMBEROS recurso de apelación, en el que expuso los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite. Del mismo se dio traslado a las partes personadas, presentándose por la representación procesal del Excelentísimo Ayuntamiento de Málaga escrito de oposición al mismo. Se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la resolución apelada, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga, se acordó denegar la medida cautelar de suspensión de una instrucción de servicio que aprobaba el calendario laboral del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento para el año 2023. Dicha denegación se sustentaba en considerar que no se acreditaba ni que la ejecución del acto cuya suspensión que se solicitaba pudiera originar la producción de perjuicios de difícil reparación (que no se identificaban con precisión, más allá de la supuesta vulneración de derechos fundamentales), ni que concurriese una apariencia de buen derecho palmaria e inequívoca que avalase su adopción. A ello añadía que una eventual suspensión del



calendario laboral pudiera comportar una perturbación grave de los intereses generales, por lo que procedía “dar prevalencia al interés público”.

En el recurso de apelación formulado se opone la disconformidad a Derecho de dicha resolución, al considerar que el calendario laboral aprobado comportaría la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la huelga, y que, justamente por tal razón, se causarían perjuicios de imposible o difícil reparación (dado su carácter básico e irrenunciable para los trabajadores).

Por la Administración se formuló oposición a dicho recurso, al entender que la resolución apelada era ajustada a derecho por las razones que expuso en su escrito.

SEGUNDO.- Una vez expuestos los términos de la resolución apelada, el recurso y la oposición al mismo, procede acometer, en primer lugar, el estudio y resolución de la cuestión referente a la pretendida vulneración, por parte de la Instrucción cuya suspensión se solicitaba, de los derechos fundamentales a la igualdad y a la huelga.

Lo que viene realmente a sostener la parte apelante es que la resolución judicial recurrida no ha tenido en cuenta la concurrencia de apariencia de buen derecho en su solicitud cautelar, en la que adujo la existencia de motivos de nulidad de pleno derecho del acto objeto de recurso. Y para dar respuesta a tal alegato va a reproducirse parte del Auto dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el 8 de abril de 2021 en el recurso contencioso-administrativo 81/2021, que aborda dicha cuestión en los términos siguientes: “(...) *tal y como hemos expresado, y por lo que a la doctrina jurisprudencial del fumus boni iuris se refiere, debe tenerse en cuenta que, efectivamente, la citada doctrina 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.*

No obstante, la más reciente jurisprudencia hace una aplicación más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (como los de nulidad de pleno derecho ---siempre que sea la manifestación del cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; o en los casos de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; o bien en casos de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “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)" (la negrita es nuestra).

Proyectando esta doctrina jurisprudencial al supuesto enjuiciado, alcanzamos conclusiones diametralmente opuestas a las propugnadas por la parte apelante. Y es que, al contrario de lo que aquella parece argumentar, la suspensión judicial de la ejecutividad del acto tan solo puede residenciarse en esta apariencia en supuestos muy tasados (como los señalados por el Tribunal Supremo -actos dictados en ejecución de una disposición general nula, los anulados por resolución judicial que aún no ha ganado firmeza, existencia de actos idénticos ya anulados jurisdiccionalmente o los dictados en contra de criterios jurisprudenciales reiterados frente a los que la Administración se opone de forma contumaz-), pues, de lo contrario, se estaría prejuzgando el fondo de las cuestiones debatidas en el proceso principal. En definitiva, no basta con que la parte se limite a oponer la concurrencia de causas de nulidad de pleno derecho frente al acto administrativo (con mayor o menor desarrollo argumental); sino que, además, ha de concurrir alguna de las circunstancias previamente apuntadas, sin que sea posible sustentar la adopción de la medida en cuestiones que deben ser objeto de valoración y decisión por primera vez (como sucedía en el supuesto enjuiciado). Por ello, hemos de desechar este motivo impugnatorio.

TERCERO.- Por otra parte, tal y como se ha expuesto previamente, la apelante aduce que sí se producirían con la ejecución del acto perjuicios de imposible o difícil reparación, que identifica con la existencia de esta pretendida vulneración de derechos fundamentales (que no podría ser reparada una vez consumada).

Idéntica respuesta desestimatoria merece esta causa de oposición. En lo atinente a este cuestión, el Auto dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2021 (recurso contencioso-administrativo 210/2021) razona lo siguiente: *"esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora; resoluciones que señalan que el mismo "opera como criterio decisor de la suspensión cautelar" (auto 28-1-2021, rec. 341/2020). Semejantes consideraciones generales se efectúan en el auto de 19 de junio de 2019 (rec. 185/2019), según el cual, "la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra*



*jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos: (...) 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. (...) el periculum in mora se refiere a los derechos e intereses propios de quien solicita la adopción de la medida cautelar, afectados, comprometidos o controvertidos en el proceso, con el objeto de evitar que la inmediata ejecución del acto impugnado produzca o de lugar a situaciones perjudiciales y de difícil reversión respecto de tales derechos e intereses, que impidan la efectividad de los eventuales pronunciamientos favorables al solicitante en la sentencia que ponga fin al proceso. Es decir, se refiere al hecho de que la ejecución del acto impida la realización y efectividad de la eventual declaración del derecho del recurrente en la sentencia y con ello el restablecimiento de los derechos e intereses jurídicos comprometidos en el proceso contencioso-administrativo, sin que baste una mera invocación genérica, **debiéndose justificar adecuadamente por el interesado, qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión**" (la negrita es nuestra).*

Pues bien, precisamente la resolución apelada abordó la cuestión relativa a la concurrencia de dicho elemento o criterio, sosteniendo que no se identificaban qué concretos perjuicios de imposible reparación se originarían, más allá de la pretendida vulneración de tales derechos. Y esta Sala comparte tal criterio, porque realmente el Sindicato solicitante anuda su producción a una supuesta vulneración cuyo estudio no puede ser abordado en este momento incipiente del proceso (a riesgo de prejuzgar lo que ha de ser resuelto en sentencia que ponga fin al procedimiento). Lo que debía, en su caso, acreditarse es que la ejecución del calendario conlleva la producción de concretos perjuicios que no serían reparables o comportasen la pérdida de la finalidad del recurso, aportando a tal efecto algún principio de prueba del que deducir tales posibles perjuicios. Nada de lo anterior se llevó a cabo por la parte solicitante.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la parte apelante orilla un extremo puesto de manifiesto en la resolución apelada y verdaderamente trascendente. Y este es que la suspensión comportaría la producción de un palmario perjuicio para el interés público (dado el carácter fundamental del servicio prestado por el Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento, que quedaría severamente afectado sin una adecuada organización y ordenación de sus recursos humanos) que necesariamente ha de ser ponderado junto el interés particular de los potenciales beneficiarios de dicha suspensión. Todo ello nos lleva a desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado.



CUARTO.- En consecuencia, por lo anterior el recurso debe ser íntegramente desestimado, y ello con la obligada imposición de costas a la parte apelante, al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que otra cosa aconseje, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No obstante, consideradas las circunstancias del presente supuesto y de la recurrente, de acuerdo con el apartado 4 de ese mismo precepto (tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), se acuerda limitar su importe por todos los conceptos a la cantidad máxima de 1.000 euros.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de el SINDICATO ANDALUZ DE BOMBEROS, confirmando el Auto recurrido de fecha 29 de mayo de 2023, dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de Málaga en la pieza separada de medidas cautelares número 166.1/2023, con expresa imposición de costas a la parte apelante, hasta el límite de 1.000 euros.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Contra esa sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Sra. Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.-





ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



