

ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA

**PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1**

**Recurso Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 4437/ 2015**

**Ponente Excmo. Sr. D. : Pedro José Yagüe Gil**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez**

**TRIBUNAL SUPREMO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
PRIMERA**

**AUTO**

**Excmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Luis María Díez-Picazo Giménez**

**Magistrados:**

**D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**

**D. Pedro José Yagüe Gil**

**D. Manuel Vicente Garzón Herrero**

**D. Segundo Menéndez Pérez**

**D. Octavio Juan Herrero Pina**

---

En la Villa de Madrid, a quince de enero de dos mil dieciséis.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** Por auto de fecha 23 de diciembre de 2015 esta Sala y Sección acordó haber lugar a la medida cautelarísima consistente en ordenar

al Consejo General del Poder Judicial que dispusiera y publicara que en el concurso para la provisión de cargos judiciales con categoría de Magistrado, anunciado en el B.O.E. nº 298, del día 14 de diciembre de 2015, debe entenderse incluida la plaza del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, a fin de que los interesados en ella puedan solicitarla en el plazo y con los requisitos legales; de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1.a) de la LRJCA, en dicho auto se concedió audiencia a la parte contraria a fin de que en el plazo de tres días alegara lo que estimara procedente.

**SEGUNDO.-** El Sr. Abogado del Estado, en la representación que por su cargo ostenta, se opuso a la suspensión solicitada por escrito presentado el 30 de diciembre de 2015 en el que solicitó a la Sala el levantamiento de la medida cautelarísima acordada y la denegación de la suspensión del acuerdo recurrido, y ello por entender que no cabe la suspensión de actos negativos, que el *periculum in mora* que se invoca no es mas que un medio para hacer prevalecer un interés particular sobre el propio de un proceso selectivo para cubrir una vacante, que debe prevalecer el interés público sobre el privado del recurrente, y que no es de apreciar vicios de nulidad absoluta, flagrantes y evidentes en el acto administrativo impugnado.

D. Eduardo Pastor Martínez, Juez con destino en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Granollers, (personado como codemandado) ha formulado alegaciones sobre la medida cautelar, oponiéndose a la misma por entender que la adopción de la medida cautelar en los términos solicitados por el recurrente supondría perjudicar severamente los intereses del servicio cuya observancia se ha encomendado al Consejo General del Poder Judicial, impidiéndole el ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 326.3 LOPJ, y haciendo inefectiva la finalidad perseguida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de que determinado tipo de órganos sean servidos preferentemente por especialistas, lo que supondría generar una suerte de concurso *ad hoc* cuya finalidad sería impedir que el recurrente pueda verse superado por otros miembros de la Carrera Judicial con mejor curriculum profesional. Alega, igualmente, la inexistencia de apariencia de buen derecho de la pretensión del recurrente ya que la decisión de la Comisión Permanente del Consejo General

del Poder Judicial de no ofrecer las plazas de los Juzgados de lo Mercantil en el concurso convocado tiene su previsión y amparo específico en el artículo 326.3 de la LOPJ.

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 4 de enero de 2016 se ha acordado pasar la pieza separada al Magistrado Ponente para su resolución. La Sección 1ª ha deliberado el asunto en sesión de 14 de enero de 2016.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro José Yagüe Gil**, Magistrado de la Sala.

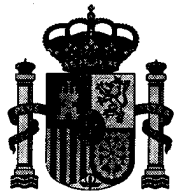
### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La medida cautelar positiva que esta Sala adoptó con carácter urgente en su auto de fecha 23 de diciembre de 2015 (que ha sido descrita en el primero de los hechos), debe ser mantenida.

**SEGUNDO.-** El sistema de medidas cautelares de nuestro ordenamiento contencioso-administrativo descansa en los siguientes principios:

a) El artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción 29/1998 establece que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o disposición pudieran hacer perder la finalidad legítima al recurso.

b) El citado artículo 130.1 ordena que la decisión sobre la medida cautelar solicitada se adopte previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, y el apartado 2 del precepto añade que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave a los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal valorará de forma circunstanciada.



En consecuencia, de lo dispuesto en esos preceptos se deduce que en trance de juzgar sobre aquélla posible pérdida de la finalidad legítima del recurso deben ser examinadas en cada caso las circunstancias concurrentes para, asegurando en lo posible aquélla finalidad, no causar perjuicio grave a los intereses generales o de terceros. De forma que el examen y valoración concreto de todos los intereses en conflicto es una exigencia que la ley impone en primer lugar, para decidir luego sobre la posible pérdida de finalidad del recurso. Se comprende por ello que esta pérdida de finalidad no incluye sólo el caso en que la denegación de la medida cautelar fruste de forma total y definitiva la finalidad del proceso, haciendo a éste del todo inútil, sino también cuando su denegación, a la vista de los intereses públicos y privados enfrentados, conduzca a un resultado que, perjudicando más al interés particular del demandante que al interés público o de terceros, sea de más difícil y complejo desmontaje que el que hubiera producido su concesión; que es lo que, según veremos ocurre en nuestro caso.

Con estas advertencias, estamos ya en condiciones de razonar por qué la medida cautelarísima que ya concedimos debe ser mantenida, [artículo 135.1.a) de la Ley 29/95] en apoyo de cuya conclusión exponemos los siguientes argumentos:

a) El artículo 129.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98 dispone que por vía cautelar pueden ser adoptadas "*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*", de lo que se deduce, sin ninguna duda, que el precepto admite cualquier medida cautelar, incluso las positivas. Y esta conclusión tiene su relevancia en los casos en que (como aquí) se impugnan actos administrativos de contenido negativo (no inclusión de una vacante en una convocatoria, porque el demandante no impugna lo que la convocatoria incluye, sino lo que no incluye), dado que la medida cautelar positiva que se pide en tales casos puede sin duda anticipar el fallo, lo que ocurrirá sólo de forma provisional y reversible; si así no se admitiera, carecería de sentido que la ley permitiese con carácter general las medidas cautelares positivas, porque estas, de una u otra forma, al asegurar la futura efectividad de la pretensión del demandante,

siempre anticipan (material y provisionalmente y en todo o en parte) el triunfo momentáneo de la pretensión ejercitada. No hay, por lo tanto, imposibilidad legal alguna para adoptar la medida que se adelantó en el auto de 23 de diciembre de 2015.

b) Respecto de los perjuicios alegados por las partes, diremos lo siguiente:

a') El demandante alega como perjuicios que se le derivan del hecho de que la convocatoria no incluya la plaza del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (que él como especialista de lo mercantil desea solicitar, al estar vacante) los familiares, personales y profesionales correspondientes, por residir la familia en Barcelona (donde su esposa tiene su puesto de trabajo) y tener él como destino actual el de Cádiz, lo que le obliga a continuos traslados con evidente menoscabo de la convivencia familiar.

Estos perjuicios se acrecientan para él con una perspectiva negativa para el futuro, pues si esa plaza ya vacante no se incluye en la convocatoria aquí impugnada, podrá ser ocupada en la próxima convocatoria por algún magistrado de la nueva promoción de especialistas en lo mercantil que puede tener preferencia sobre él por razón del conocimiento de la lengua autonómica y del Derecho foral.

Los perjuicios para el demandante son, pues, evidentes.

b') La razón que el CGPJ dió en el acuerdo de la Comisión Permanente de fecha 28 de julio de 2015 para no sacar dicha vacante a concurso fué la de que debía esperarse a que "se resuelvan las pruebas de promoción y especialización en los asuntos propios de los órganos de lo mercantil, convocadas por acuerdo de [...] 20 de enero de 2015."

Hay que deducir de tan escueta afirmación (que explica, si bien se, mira, hasta cuándo se pospone el anuncio de esa vacante, pero no por qué se pospone), que la razón de ello es que se cumpla el designio de la ley de que

los órganos especializados se cubran por magistrados especialistas, y no por magistrados que no lo sean (como podría ocurrir, a la vista de lo dispuesto en la Base Tercera, punto 4, de la convocatoria impugnada, si ningún magistrado especialista solicitara la plaza). También se deduce esa finalidad de las propias alegaciones del defensor de la Administración demandada, hechas en esta pieza de medidas cautelares.

Este es el interés público en que se basa el acto impugnado.

Pero a los efectos cautelares que nos ocupan no existe en este caso ese interés público, porque si se incluye en la convocatoria el Juzgado nº 10 de lo Mercantil de Barcelona, no se va a cubrir por un magistrado no especialista, sino por uno que lo es, a saber, el Sr. D. Manuel Ruiz de Lara, (u otro también especialista que tuviera, en la fecha del anuncio de la convocatoria, mejor derecho que el actor).

No puede, pues, acudir a este interés público, porque, respecto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona, ese interés público no existe. De existir alguno, sería el de que dicho Juzgado se cubriera cuanto antes.

c') Por su parte, el interés del Sr. Pastor Martínez, comparecido como codemandado, es, desde luego, el de que dicha plaza no salga a concurso hasta que él, (integrante de la futura promoción de magistrados especialistas de lo Mercantil, y con el mérito añadido del idioma autonómico y del Derecho foral) pueda solicitarla.

Este interés del Sr. Pastor Martínez tiene una significación de mucha menor entidad que el del demandante. Mientras éste se encuentra ya en condiciones de ocupar ese Juzgado si se publica la vacante, el Sr. Pastor sólo puede esgrimir el de que se retrase la posible cobertura de la misma hasta que él (o algún miembro de la futura promoción) pueda solicitarla. Pero en su caso particular, que es el que nos interesa, desconocemos cuáles son los enteros perjuicios que se le pudieran seguir de no conseguir la plaza, pues sólo sabemos (página 4 de sus alegaciones) que es Barcelona el territorio de su

residencia familiar, y que actualmente está destinado en el Juzgado de 1ª Instancia de Granollers.

Pero, en todo caso, repetimos, su pretensión de que en la convocatoria impugnada no se cubra por ahora la plaza en cuestión, choca contra el interés público de que las vacantes se cubran cuanto antes, por ser la situación de vacancia una anormalidad organizativa.

(Dicho sea todo lo cual, y lo que sigue, a los únicos efectos de resolver sobre la medida solicitada, y sin que ello signifique en absoluto prejuzgar la cuestión de fondo).

d') Sobre la dificultad de remover las consecuencias que se deriven de la adopción o denegación de la medida cautelar, es criterio de esta Sala que las consecuencias de su adopción (es decir, que de forma cautelar y provisional la plaza cuestionada pueda ser cubierta por el actor o por otro magistrado con mejor derecho a la fecha de la convocatoria) son más fácilmente removibles que las que pueden derivarse de su denegación (a saber, que se cubra la plaza de forma en principio definitiva por un magistrado con mejor derecho que el actor, lo que implicaría remover situaciones en cadena que podrían haberse producido como consecuencia de la ejecutividad del acto administrativo impugnado).

e') Al mantener la medida cautelar positiva que esta Sala acordó en auto de fecha 23 de diciembre de 2015, no está este Tribunal convocando un concurso "ad hoc" a favor del recurrente. De hecho, cualquier magistrado especialista, no sólo el actor, podrá pedir esa plaza. Esta Sala sólo hace que adoptar una medida cautelar, a la vista de que la exigencia legal de que los órganos especialistas sean cubiertos por magistrados especialistas (que es la finalidad que persigue la convocatoria impugnada) puede conseguirse ya en esta misma convocatoria. Y no se trata aquí de comparar los méritos como especialistas del actor y del codemandado, por la sencilla razón de que, a la fecha de la convocatoria impugnada, el codemandado no era aún magistrado especialista de lo mercantil.



ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA ,

**LA SALA ACUERDA:** Mantenemos la medida cautelar positiva otorgada en auto de fecha 23 de diciembre de 2015, en los mismos términos expresados en dicho auto. Sin costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados.

D. Luis M<sup>a</sup> Díez-Picazo Giménez      D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez      D. Pedro José Yagüe Gil

D. Manuel Vicente Garzón Herrero      D. Segundo Menéndez Pérez      D. Octavio Juan Herrero Pina