

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Fecha del auto: 29/06/2020

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Nº: REC.ORDINARIO(c/a)-150/2020

Fallo/Acuerdo: Auto Estimando Parcialmente

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 4A.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 4ª

Transcrito por:

Nota:

Resumen

ADJUDICACION DE PLAZAS DE MÉDICOS RESIDENTES. ADJUDICACIÓN
PRESENCIAL.

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Procedimiento Num.: REC.ORDINARIO(c/a) - 150/ 2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 4ª

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección: CUARTA

Auto núm. /

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 29 de junio de 2020.

Esta Sala, con la composición arriba indicada, ha visto la solicitud de medida cautelares previas a la interposición de recurso contencioso-administrativo formulada por la procuradora doña Matilde Solsona Solaz, bajo la dirección letrada de don Francisco José Pérez Martínez, en nombre y representación de: doña, doña, don....., doña, don,

doña, doña, doña, doña, doña, doña, doña, doña, doña, doña, don, doña, doña, doña, doña, doña, doña, doña, don, doña, don, don, don, doña, doña, don

La medida cautelar se solicita con carácter previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo contra (i) la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, por la que se modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física, así como contra (ii) la resolución de Resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Ordenación Profesional, por la que se convocan los actos de adjudicación de plaza correspondientes a las pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2020, se ha presentado, ante esta Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo, escrito de solicitud de medidas cautelares previas a la interposición de recurso contencioso-administrativo, que insta la Procuradora de los Tribunales doña Matilde Solsona Solaz, bajo la dirección letrada de don Francisco José Pérez Martínez, en nombre y representación de representación procesal de doña

TERCERO.- En escrito presentado el día 25 de junio de 2020, el Abogado del Estado, en la representación de la Administración General del Estado, se opone a la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- El día 26 de junio de 2020, se deliberó por la Sala la presente solicitud de medidas cautelares, y al no conformarse con la decisión de la Sala y anunciar voto particular la Excm. Sra. Doña María del Pilar Teso Gamella, magistrada ponente de este procedimiento, se turnó la ponencia para la redacción del presente auto al magistrado de la Sala, Excmo. Sr. don Rafael Toledano Cantero.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de la presente solicitud de medida cautelar la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, por la que se modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física. Y también la Resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Ordenación Profesional, por la que se convocan los actos de adjudicación de plaza correspondientes a las pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física.

SEGUNDO.- El primer aspecto que hemos de examinar es la viabilidad procesal de la solicitud de medidas cautelares previa a la interposición del recurso contencioso-administrativo. La Abogacía del Estado enfoca la primera parte de su oposición en lo que califica de ausencia de presupuestos

procesales básicos que, a su juicio, imposibilitarían la adopción de la medida cautelar.

En primer lugar, alega la falta de acreditación de la postulación, es decir, de la insuficiencia de apoderamiento a la procuradora que comparece en nombre de los recurrentes. El defecto no puede ser acogido en este momento procesal ya que conforme al principio de subsanabilidad de defectos procesales (art. 138 LJCA y art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria) se debe otorgar a la parte que incurra en un defecto procesal la subsanación del mismo, y la ausencia de poder de la procuradora está en este caso y en curso el requerimiento de subsanación. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, los meros defectos formales no pueden ser óbice al otorgamiento de la tutela judicial efectiva, tampoco de la cautelar.

Seguidamente, opone la Abogacía del Estado que no se ha acreditado la legitimación de los recurrentes ya que, dice, en el escrito iniciador no indican su titulación, ni tampoco «[...] [c]uál es la especialidad o especialidades en que los recurrentes han superado el punto de corte en las indicadas pruebas lo cual es esencial para determinar el día de adjudicación de plaza ya que éste se determina en función de la especialidad (Farmacia, Enfermería, Medicina, etc.)». Añade que tampoco han indicado el número de orden de cada uno de los recurrentes, lo que juzga relevante porque, afirma, «[...] si [...] hubiesen indicado su número de orden podría determinarse si existían grupos en los que podían realizarse las adjudicaciones de plazas por ser anteriores al primer número de orden de los recurrentes limitando, en consecuencia, los efectos de la suspensión no sólo a la titulación sino también en función del número de orden de los recurrentes».

La alegación ha de ser rechazada. Lo primero que hay que señalar es que, tal y como resulta de la propia resolución de 8 de junio recurrida, la convocatoria para fecha determinada dentro del calendario de actos de adjudicación se hace en atención a la puntuación de los candidatos, y no por especialidades. Es precisamente en el acto de convocatoria donde se elige especialidad. Seguidamente hay que aclarar que para concurrir al proceso de

adjudicación de plazas que es objeto de impugnación, no es preciso superar determinada puntuación para optar a la adjudicación de una especialidad concreta, como afirma la Abogacía del Estado, sino que el requisito es superar una determinada puntuación mínima, cualquiera que sea el turno por el que participe el candidato. Así lo establece el apartado quinto de la Orden SCB/2019, de 30 de agosto, que rige las bases de la convocatoria, cuando dispone que «[...] [p]ara poder participar en los actos de adjudicación de plazas será necesario que, cualquiera que sea la titulación y el turno por el que participe, se haya obtenido en el ejercicio la siguiente puntuación mínima: una valoración particular igual o superior al treinta y cinco por cien de la media aritmética de las diez mejores valoraciones particulares del citado ejercicio; a estos efectos solo se tendrán en cuenta los números enteros del resultado de esta operación despreciándose los decimales ». Por tanto, no hay una puntuación mínima por especialidad.

Más aún, la propia Abogacía del Estado acompaña como documento adjunto a sus alegaciones un listado en el que incluye la relación de los 31 recurrentes, y subraya en color amarillo aquellos que en el momento de presentar sus alegaciones ya habían formalizado solicitud por vía telemática, mediante el sistema establecido al efecto. Son los siguientes: doña....., doña, doña, don, doña, doña, doña, doña, doña, doña, don, don, doña y don

La Sala constata así, por la propia documentación presentada por la Abogacía del Estado, que son aspirantes con derecho a concurrir al acto de adjudicación. Y respecto a los demás recurrentes, es significativo que tampoco se alega por la Administración que no reúnan el requisito de puntuación mínima, lo que dado el principio de facilidad de prueba de que dispone la Administración, que confecciona el listado completo de aspirantes con puntuación mínima para comparecer a la adjudicación de plazas, ninguna dificultad le habría supuesto facilitar ese dato o negar de forma tajante que concurra, si así fuera. No lo hace limitándose a ponerlo en duda. No obstante, la Sala ha comprobado que todos y cada uno de los recurrentes figuran en el

listado de participantes en las pruebas selectivas de la convocatoria de 2019, Medicina, con la puntuación mínima para concurrir al acto de adjudicación de plazas. El listado completo de aspirantes está accesible en la siguiente dirección de internet:
<https://fse.mscbs.gob.es/fseweb/view/public/listadospublicados/listado.xhtml>

Por tanto, todos los recurrentes tienen legitimación a los efectos de solicitar la medida cautelar pues reúnen la condición de interesados en el procedimiento administrativo como titulares de derechos e intereses legítimos (art. 19,a) LJCA), lo que afirmamos a los meros efectos de resolver sobre la medida cautelar solicitada, y ante el impreciso cuestionamiento de este requisito que opone la Abogacía del Estado.

Todavía en el ámbito de la viabilidad procedimental de la pretensión cautelar, conviene destacar que la representación procesal de la Administración no cuestiona de forma explícita que resulte factible instar medidas cautelares contra el tipo de actividad administrativa que es objeto de impugnación. Ello nos releva de mayores consideraciones al respecto, aunque no dejaremos de señalar que esta posibilidad, reconocida de manera explícita en el art. 136.2º LJCA para cuando se ejercita la acción judicial en los supuestos de los art. 29 y 30 LJCA, ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala para el caso de medidas cautelares previas a la interposición de recurso contra otras formas de actividad administrativa impugnables, si las circunstancias del caso justificaban la urgencia. En este caso, hemos de tener en cuenta la singular situación de estado de alarma y restricción de libertad de desplazamientos derivada del estado de alarma por causa de la pandemia de la COVID-19, y la naturaleza del proceso de concurrencia competitiva, que implica a multitud de interesados en distintos puntos geográficos, por lo que la coordinación con su defensa pueda haber resultado afectada por estas circunstancias. No obstante, en la parte dispositiva de este auto se requerirá a los actores para que formalicen sin dilación el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.

Corresponde seguidamente examinar si concurren los requisitos necesarios para adoptar la medida cautelar interesada. Primero haremos un resumen de los principios y criterios legales sobre el régimen sustantivo de medidas cautelares y luego una exposición de la cuestión litigiosa y los intereses en conflicto.

TERCERO.- *El régimen legal de adopción de medidas cautelares.*

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 aquella posible pérdida de la finalidad legítima del recurso deben ser examinadas en cada caso las circunstancias concurrentes para, asegurando en lo posible aquella 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 frustre 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 de los demandantes que al interés público o de terceros, sea de más difícil y complejo desmontaje que el que hubiera producido su concesión.

CUARTO.- *Las medidas cautelares solicitadas y los argumentos de las partes*

La medida cautelar solicitada es la suspensión del art. 2 de la orden SND/411/2020 de 13 de mayo, por la que se modifica la Orden SCB/925/2019, de 30 de agosto, por la que se aprueba la oferta de plazas y la convocatoria de pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física y la Resolución de 8 de junio de 2020, de la Dirección General de Ordenación Profesional, por la que se convocan los actos de adjudicación de plaza correspondientes a las pruebas selectivas 2019 para el acceso en el año 2020, a plazas de formación sanitaria especializada para las titulaciones universitarias de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de la Psicología, la Química, la Biología y la Física que establece el calendario y turnos de selección de plazas.

Los recurrentes alegan que «La Administración ha impuesto y exigido a los aspirantes la opción de la vía telemática sin dejar lugar a la opción personal siendo conocedora de que las personas físicas, como mis mandantes, no están obligadas a relacionarse con la Administración mediante forma electrónica conforme el artículo 14.1º de la meritada norma». Niegan que la Orden 411/2020, de 13 de mayo, recurrida, tenga rango normativo suficiente ni reúna las características necesarias, tampoco la motivación, para introducir la obligación de los participantes en el proceso selectivo en cuestión de relacionarse con la Administración responsable del mismo de forma electrónica. Invocan la vulneración del principio de jerarquía normativa. Rechazan la justificación en razones sanitarias por existir medios para impedir la excesiva concentración de personas, ampliando las sesiones a la tarde o

habilitando otras espacios, y la posibilidad de adoptar medidas de prevención como las que son usuales en cualquier tipo de actividad y que ya están establecidas ampliamente en todos los sectores de actividad. Rechazan la justificación en razones de imposibilidad o dificultad en los desplazamientos al haber decaído el estado de alarma, y cualquier restricción a los desplazamientos en todo el territorio nacional. Sostienen que el sistema de solicitud electrónica no es fiable ya que, dicen, «[...] la plataforma no es garantista ni ofrece un mínimo de seguridad, menos aún comparado con el sistema de elección personal que sí lo permite dado que este sistema, aplicado hasta la fecha, se organiza por turnos, los aspirantes eligen en directo y en persona conociendo el listado de plazas que se han agotado ya y pudiendo reorganizar y cambiar su elección de forma inmediata; a la par que permite garantizar que no hay errores informáticos y que ningún aspirante se ve privado injustamente de su plaza». Destacan insistentemente que según el sistema establecido en la reforma de las bases de la convocatoria «[...] el aspirante que no cumpla con la petición de plaza, se le tendrá por renunciado expresamente y ello significa que si un aspirante tiene problemas para acceder a la web de petición de plaza por la razón que sea, se le tendrá por desistido de la petición de plaza para el año 2020 y no tendrá una segunda oportunidad para solicitar plaza lo que supone un claro perjuicio económico, personal y profesional pues deberá esperar hasta el año próximo para seleccionar plaza, comenzar a formarse y trabajar» lo que ponen en contraste con las posibilidades de evitar tal circunstancia que les proporcionaba el sistema anterior, que permitía la presentación de solicitud incluso después de haber dejado correr el turno de prioridad por puntuación.

La Abogacía del Estado se ha opuesto a la medida cautelar, y para ello aduce los siguientes argumentos, además de los de orden formal que ya hemos examinado:

- Niega que exista periculum in mora porque los recurrentes podrán recurrir luego los actos de adjudicación definitiva y pedir entonces las suspensiones de las tomas de posesión.
- Sostiene que no existe apariencia de buen derecho en la alegación de que se ha vulnerado la exigencia de desarrollar por vía reglamentaria la

obligación de relacionarse por medios electrónicos con la Administración, ya que la orden recurrida, que a su juicio así lo dispone, ha sido dictada bajo el estado de alarma y constituye una legislación especial que no decae al cesar el estado de alarma.

- Destaca que se ha establecido un sistema de asistencia telefónica a los usuarios del sistema de solicitud de telemáticas que funciona 14 horas diarias 7 días a la semana.
- Invoca la discrecionalidad técnica de la Administración y afirma que « no cabe duda que la aplicación de la adjudicación electrónica elaborada por el Ministerio entra dentro de esa discrecionalidad técnica de la Administración sin que, a los efectos de la presente pieza de medidas cautelares». La adjudicación telemática de plazas, dice, lleva implantada desde el año 2003 y reúne las garantías de funcionamiento.
- Perturbación grave de los intereses generales: « atendiendo a la situación de urgencia extraordinaria motivada por la pandemia del COVID.19, garantizar y proteger la vida y la salud de todos los que debieran intervenir en la adjudicación de las plazas (aspirantes, empleados públicos, etc.) así como evitar la propagación del virus entre la población en general. Se trata, por tanto, de un interés general de la máxima intensidad.» Añade que es «[...] indiferente que a día de hoy ya haya terminado el estado de alarma.»
- Perturbación grave a los intereses generales previstos en el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio. Afirma la Abogacía del Estado que a día de hoy se encuentra vigente el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que contiene una serie de medidas tanto en materia de prevención e higiene, como en materia de transportes o para garantizar las capacidades del sistema sanitario que
- avalarían la adopción del uso de medios electrónicos para la adjudicación de las plazas debatidas incluso en la hipótesis de que esa decisión se hubiese adoptado inicialmente una vez terminado el estado de alarma.
- Perturbación grave de los intereses generales de terceros: afirma que «[...] más de 23.000 personas han superado el punto de corte» y que «el 24 de

junio a las 8:30 horas se habían creado electrónicamente 11.040 solicitudes y de estas, 5.769 solicitudes estaban tramitadas. Esta cifra supone aproximadamente el 25% de las personas convocadas». Para la Abogacía del Estado es relevante que «[...] 11 de los 33 aquí recurrentes ya han presentado telemáticamente sus solicitudes para la adjudicación de plazas».

- Concluye afirmando que «[...] [p]arece evidente que no puede darse prevalencia a los deseos de solo 31 aspirantes sobre los intereses de los miles de aspirantes que están llevando a cabo el procedimiento de adjudicación telemática con total normalidad.»

QUINTO.- *Antecedentes: el proceso de selección y adjudicación de plazas de formación sanitaria especializada.*

Conviene explicar como se desarrollan las fases del procedimiento de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada y en qué momento del proceso selectivo se incardinan los actos recurridos, que en cuanto a la Orden SND/411/2020, recurrida, ha supuesto la modificación de las bases de una convocatoria que ya estaba en avanzado estado de desarrollo, concretamente en fase de adjudicación de plazas.

La formación sanitaria especializada por el sistema de residencia (en el caso de los médicos conocido como MIR, acrónimo de medico interno residente) constituye un elemento esencial de nuestro sistema de sanidad, al tiempo que, desde la perspectiva profesional de los licenciados y graduados en las distintas ciencias de la salud, una fase esencial de su formación, puesto que el ejercicio profesional requiere, inexcusablemente en el caso de la Medicina, no sólo la obtención de la licenciatura o grado, sino también la del título de especialista en un área de especialización médica, siendo el sistema de formación sanitaria especializada el que de forma generalizada y mayoritaria permite acceder a esta titulación.

En efecto, superadas las pruebas, puede accederse a la adjudicación de plaza de formación sanitaria especializada como médico interno residente

y, tras concluir los periodos de formación establecidos en cada especialidad (de varios años), se puede obtener el título profesional de médico especialista. Cada año el Ministerio de Sanidad convoca un proceso selectivo que se compone de una fase de selección y, para aquellos que superen las pruebas selectivas y alcancen una determinada puntuación mínima, la posibilidad de acceder a la fase de adjudicación de plazas ofertadas en el sistema de formación sanitaria especializada en las distintas especialidades y en los diversos centros hospitalarios y unidades acreditadas como unidades docentes, ofertándose un determinado número de plazas cada año. La elección de estas plazas de especialidad y unidad docente se realiza por riguroso orden de puntuación y con las medidas de acción positiva para el turno de discapacitados que prevé la Orden de convocatoria de cada año.

En el año 2019 el proceso se convocó por la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto, que reguló la totalidad del proceso selectivo incluida la fase de adjudicación de plazas. Celebradas las pruebas selectivas previstas el día 25 de enero de 2020, se publicaron los listados definitivos de participantes que por haber alcanzado la puntuación mínima, tenían derecho a participar en el proceso de adjudicación de plazas. Todos los recurrentes en el presente procedimiento constan en el listado de medicina con derecho a participar en el proceso de adjudicación según ha comprobado la Sala y antes hemos reseñado.

SSEXTO.- *La situación litigiosa y los intereses en conflicto*

Veamos ahora en que se concreta la situación litigiosa y, en la medida que concierne a esta pieza de medidas cautelares, las características de los intereses enfrentados. Los recurrentes sostienen que se les han impuesto unas restricciones en el modo de solicitar las plazas que les obligan a hacerlo electrónicamente, con exclusión del sistema presencial que estaba prevista como compatible con aquella opción y que les ofrecía unas garantías que no consideran presentes en el sistema electrónico. Además, alegan que el sistema obligatoriamente electrónico limita las posibilidades también de adjudicación de plazas y flexibilidad en la forma y momento de la solicitud de

que disponían con el presencial, y que todo ello no lo permite el sistema electrónico obligatorio, impuesto, a su juicio, sin las garantías normativas que exige el art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

En las bases de la convocatoria convocada por la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto, publicada en el BOE de 9 de septiembre de 2019, se regula de manera detallada el proceso de adjudicación de plazas al que han concurrido y superado los recurrentes, y por lo que hace a la solicitud, su apartado octavo establecía lo siguiente:

«[...] La adjudicación de plazas se efectuará atendiendo a la solicitud que formulen las personas que hayan alcanzado la puntuación mínima, por riguroso orden de mayor a menor puntuación total individual reconocida en la relación definitiva de resultados.

En los actos de adjudicación se observarán las siguientes reglas:

Primera: La elección de plaza se llevará a cabo electrónicamente, con sujeción a las indicaciones que se contienen en el anexo V de esta convocatoria, o bien, por comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal, en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida las personas que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos anteriormente citados.

Segunda: Las personas que opte por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar.

Tercera: Una vez adjudicada la plaza, no se admitirá nueva petición de otra, ni siquiera en el caso de renunciar a la primera [...].»

Por tanto, el sistema de solicitud de plazas se podía formular por las personas participantes bien electrónicamente, en los términos del anexo V de la convocatoria, bien mediante comparecencia de la persona solicitante o su representante legal en el propio acto de adjudicación, acto que se ha venido celebrando en sede única en la del Ministerio de Sanidad en Madrid desde hace muchos años.

Los dos sistemas de solicitud, presencial y electrónico, eran compatibles en la convocatoria a la que se presentaron los recurrentes, y en el anexo V de la citada Orden SCB/ 925/2019 se especificaba la preferencia de la solicitud por comparecencia sobre la electrónica, si la persona interesada comparecía en el acto de adjudicación. Así lo expresa la regla quinta del anexo V al establece que *«Las solicitudes electrónicas podrán anularse o modificarse si la persona comparece personalmente al acto de adjudicación de plazas, en el momento en el que por su número de orden le corresponda»*.

Por otra parte, la posibilidad de comparecencia personal para la adjudicación de plaza formaba parte indisoluble del derecho reconocido a los participantes de retrasar la elección de plazas que regula el apartado octavo de la Orden SBC/925/2019, al establecer que *« Las personas que opte (sic) por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar» Estas reglas se completaban con las de acción positiva del turno de personas con discapacidad que ahora no resultan relevantes para comprender el conflicto.*

Es evidente que en estas reglas de solicitud, en particular el derecho de retrasar la elección solo podía ejercerse por la comparecencia personal de la persona interesada en el acto de adjudicación pues de no comparecer en aquel acto, bien se le daría curso a la solicitud electrónica si la hubiese formulado (y esa solicitud no prevé la posibilidad de hacer constar el derecho de retraso del turno de elección), o, en caso de no haber formulado solicitud electrónica y no comparecer, se aplicaría la regla antes señalada *«Primera:*

[...] Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida las personas que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos anteriormente citados [...] Segunda: Las personas que opte por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar.». Esto es, se tendría por renunciada la prioridad y podría ocupar la plaza que solicitara, si aún existiera vacante por adjudicar, en el momento que se incorporara al proceso de elección, incorporación que necesariamente era presencial.

SÉPTIMO.- *Alcance de la modificación de las bases de la convocatoria por la Orden SND/411/2020 de 13 de mayo.*

Pues bien, esta regulación, que constituye la **ley de la convocatoria** se ha modificado por la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, impugnada, que en su art. 2 introduce una nueva redacción del apartado o dispongo “octavo” de la orden SCB/925/2019, del que resultan, en lo que ahora interesa, dos modificaciones esenciales del proceso de adjudicación que son cuestionadas por los recurrentes. Antes de continuar, diremos que la conclusión de que la Orden SND/411/2020 modifica las bases de la convocatoria no es discutida por las partes. La representación de la Administración no lo rebate, pero aduce que la modificación está debidamente motivada y es proporcional y ajustada a Derecho. En esta pieza de medidas cautelares no vamos a resolver si es o no ajustada a Derecho, sino que nos vamos a limitar a precisar en qué medida la modificación puede incidir en una situación de pérdida de finalidad legítima del recurso de no adoptarse la medida cautelar interesada.

Pues bien, la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo recurrida, introduce las siguientes modificaciones a las bases de la convocatoria:

- (i) elimina la posibilidad de solicitar presencialmente la adjudicación de plaza mediante el derecho a comparecencia de la persona solicitante o de su representante legal, en los términos previstos

en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

- (ii) elimina el derecho de retrasar la elección de plaza, e incorporarse al proceso de adjudicación con la prioridad que correspondiera en el momento en que la persona que hubiere ejercido tal derecho formulase su solicitud de adjudicación presencialmente.

En efecto, el art. 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo, recurrida, establece que:

«Dos. Se modifica el dispongo octavo [] que queda redactado en los siguientes términos:

[...]

La solicitud de plaza deberá realizarse obligatoriamente a través de alguno de los siguientes medios:

- a) *Certificado electrónico reconocido de persona física o medio equivalente (CI@ve).*
- b) *Solución propia de autenticación y firma no criptográfica basada en claves concertadas, en el caso de:*

1.º Personas de nacionalidades diferentes a la española, cuyo documento de identidad con el que participaron en la prueba selectiva, no les permitiera obtener un certificado electrónico reconocido de persona física.

2.º Personas que no dispongan, por extravío o por otras circunstancias, de la pre-clave entregada el día del examen.

3.º Personas que no pudiesen obtener o renovar el certificado electrónico reconocido de persona física. [...]»

La obligatoriedad del sistema electrónico, con exclusión del presencial se ratifica con la previsión que añade más adelante:

«[...] [s]e entenderá que renuncian a la adjudicación de plaza las personas que no hayan presentado su solicitud para la sesión de adjudicación a la que por su número de orden hayan sido citadas Las personas serán

convocadas por riguroso orden de mayor a menor puntuación reconocida en la relación definitiva de resultados.

Se dará curso a la solicitud presentada por medios electrónicos en la sesión a la que ha sido convocada la persona, y en el momento que corresponda al número de orden obtenido».

En definitiva, y como se ha dicho, la introducción del sistema de elección electrónico obligatorio, inhabilita toda posibilidad al ejercicio del derecho de retraso en la elección de plaza, reconocido en las bases de la convocatoria que se modifica, y, además, para el caso de que la persona interesada deseara modificar su solicitud como consecuencia de las adjudicaciones que se hubieran ido produciendo, no podrá hacerlo más que con el límite de doce horas antes del inicio de la sesión de adjudicación a la que le correspondiera por su número de orden, pues tal límite lo establece el nuevo apartado octavo en la redacción que introduce la orden recurrida *«La solicitud, una vez presentada, podrá modificarse por medios electrónicos, hasta doce horas antes del inicio de la sesión en la que la persona haya sido citada para el acto de adjudicación de plazas».*

Tampoco podrá ningún participante ejercer derecho al retraso de elección a un momento posterior, igualmente reconocido en las bases originarias de la convocatoria. Aunque en sus alegaciones la Abogacía del Estado no niega tal derecho en las bases de la convocatoria, sí conviene examinar lo que se dice en un informe de 24 de junio de 2020, que acompaña en apoyo de sus alegatos. En el informe, procedente de la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, y suscrito por la Subdirectora General según afirma la Abogacía del Estado, se dice lo siguiente: *«El procedimiento de adjudicación exclusivamente electrónico impedirá que los aspirantes puedan “dejar pasar turno” para elegir plaza con posterioridad a su número de orden y en función de la elección de otra persona. A este respecto cabe señalar que tal posibilidad no ha estado nunca en las convocatorias, responde a una “tradicón” sin base legal alguna, no*

conocida en otros procesos selectivos, y que la D.G. no mantendrá en sucesivas convocatorias».

Es cuanto menos sorprendente que la Administración autora de los actos recurridos asevere tajantemente en un informe para constancia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que permitir lo que denomina “dejar pasar turno” es una mera práctica que «[...] no ha estado en las convocatorias [y] responde a una “tradición” sin base legal alguna». Antes nos hemos extendido en la transcripción de la Orden SCB/925/2019, que regula la facultad del aspirante de retrasar la elección de plaza a un momento posterior. Pues bien, bastaría con la lectura de las bases de la convocatoria publicada en la Orden SCB/925/2019 que vincula a la Dirección General de Ordenación Profesional del Ministerio de Sanidad, autora del informe, que la debe aplicar. Lo establecido en el dispongo octavo de la Orden SCB/925/2019 es inequívoco y dice así: *«Octavo [...] Segunda: Las personas que opte por retrasar la elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar se afirme que tal derecho».* Y lo previsto en este punto no difiere en absoluto de la Orden que reguló la convocatoria de 2018, Orden SCB/947/2018, de 7 de septiembre (BOE de 14 de septiembre) que en el apartado XII dice *« b) Se entenderá que renuncian a la prioridad obtenida los aspirantes que no formulen su derecho de elección por uno de los procedimientos citados en el párrafo a). No obstante cuando se retrasen en dicha elección, podrán ocupar el orden de prioridad que, en el momento de formularla se siguiera en los actos de asignación, siempre que existieran aún plazas vacantes por adjudicar».* Idéntica previsión recoge la orden SSI/876/2017, de 12 de septiembre (BOE de 12 de septiembre) que regula la convocatoria para el año 2017, y así podríamos remontarnos hasta muchos años atrás.

Luego, si las convocatorias desde muchos años atrás, y también la de este año 2019 que ha sido modificada por la Orden aquí recurrida, han mantenido idéntica previsión, parece difícil calificar este facultad de una mera práctica como dice el informe tan mencionado, que lo califica de “tradición” sin

base legal. Máxime cuando el propio informe nos aclara que lo que llama tradición sin base legal, y que es un derecho reconocido inveteradamente en las sucesivas convocatorias – el peso de la evidencia es aplastante - responde a motivos de elección en función de la de otra persona participante en el proceso selectivo con numero posterior de adjudicación, situación que bien podría contribuir a hacer efectivo un principio de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas, de amplia base legal.

Sea como fuere, lo relevante es que parece posible afirmar, a los efectos de esta pieza de medidas cautelares y sin más alcance que constatar la existencia de una apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que se trata de un facultad que, al igual que la elección de plaza por comparecencia personal- al que está inextricablemente unido por la forma en que se ejercita – y que esta facultad, que forma parte de las bases que son la ley de la convocatoria, ha sido excluida en un momento muy avanzado del proceso selectivo.

Si esta alteración de la ley de la convocatoria es o no ajustada a Derecho es algo que no podemos resolver en la pieza de medidas cautelares, pero sí es necesario constatar el alcance y naturaleza de los intereses jurídicos, y el grado de protección que el ordenamiento jurídico les confería, así como los efectos de su alteración por la nueva regulación, para verificar si, para su tutela judicial efectiva y la salvaguarda de la finalidad legítima del recurso, es preciso adoptar la medida cautelar interesada (*periculum in mora*). Dicho de otro modo, si las facultades afectadas, aparentemente, por la Orden recurrida, podrían restituirse de manera sustancialmente íntegra en caso de sentencia estimatoria, si es que no se adopta medida cautelar alguna, así como el grado de afectación de intereses generales y de terceros que se produciría en caso de acordar la medida cautelar (ponderación de intereses).

OCTAVO.- *Existencia de apariencia de buen derecho.*

El principio de que las bases de la convocatoria de un proceso selectivo son la ley de la convocatoria y vinculan tanto a los participantes como a la

Administración es inveterado en nuestra jurisprudencia, como manifestación del principio de seguridad jurídica y sometimiento de la Administración al principio de legalidad. Así, lo hemos afirmado en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2016 (recurso de casación 4024/2014), al proclamar que «[...] las bases no impugnadas del proceso selectivo vinculan a los aspirantes y a la Administración, regla establecida con carácter general por el artículo 15 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado ». Y lo hemos reiterado, más recientemente, en la sentencia de 15 de noviembre de 2019, recurso de casación 2810/2017, al afirma la necesidad de buscar en los elementos de las propias bases, y no en acuerdos o circunstancias posteriores, la solución necesaria «[...]cuando las bases de la convocatoria guarden silencio [...]» sobre determinados aspectos relevantes del proceso. Por consiguiente, no existe duda alguna de que aquello que está expresamente previsto en la convocatoria, como una facultad, más aún, como un derecho, debe ser respetado.

El reconocimiento de las facultades que hemos expuesto en el anterior fundamento jurídico por la normativa que ahora ha modificado la Orden impugnada, es, por tanto, la manifestación de una sólida apariencia de buen derecho en la pretensión de los recurrentes, sin necesidad de adentrarnos ahora en la cuestión de fondo de si existe vulneración del art. 14 de la LPAC en la imposición de la forma de relación por medios electrónicos.

Carece de todo desarrollo la alegación de la Abogacía del Estado al soporte de la medidas de exclusión de la solicitud personal en el Real Decreto ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19,/2020. No cita ni un solo precepto de dicha norma que sustente dicha afirmación, por lo que no requiere mayor examen su alegato.

La Administración minimiza el efecto de la modificación, tachando de mera tradición a lo que ya hemos dicho, que en este momento y a los efectos cautelares, tiene toda la apariencia de ser un auténtico derecho. Pero ahora lo que corresponde ver es si el derecho en cuestión, si finalmente fuere reconocido por la sentencia que ponga término al proceso, carecería ya de efectividad en el momento de la ejecución, y si, por tal razón es preciso adoptar la medida cautelar. En otras palabras, sí concurre el “periculum in mora” necesario para adoptar la medida cautelar.

En este sentido, no nos cabe la menor duda de que la oposición de la Abogacía del Estado, basada en la posibilidad de impugnar y suspender las adjudicaciones de plazas e incluso pedir la suspensión de la toma de posesión, es poco factible. Más aún en un proceso en el que se suceden las solicitudes de miles de participantes, y en que la solicitud de cada uno y lo que obtiene está condicionado por las plazas que estaban disponibles en el momento de dar curso a su solicitud. Esa alternativa a la medida cautelar, decimos, no sustituye a la misma de forma efectiva. El proceso no se podrá retrotraer para hacer efectivo el derecho tras la sentencia, y si se hiciera, los perjuicios serían enormes, tanto para la Administración como para terceros. La eventual sustitución económica (ejecución por sustitución) si tal cosa fuera posible, no nos releva de examinar si la medida cautelar que pudiera otorgarse preservaría mejor la integridad de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones.

De cuanto llevamos razonado podemos concluir, por tanto, que concurre en la solicitud de los recurrentes, no sólo la apariencia de buen derecho, sino también el peligro de la pérdida de efectividad de la sentencia que pudiera recaer, de no adoptarse la medida cautelar (periculum in mora).

De ello se sigue que procede la adopción de alguna medida cautelar por concurrir las circunstancias del art. 130.1 LJCA, si bien, como explicaremos a continuación, hemos de moderar la intensidad de la misma porque no resulta necesaria en la forma de suspensión total que se ha pedido,

y además, como medio de hacer compatible la protección del derecho invocado con los intereses generales y de terceros (art. 130.2 LJCA).

NOVENO.- *Alcance de las medidas cautelares. No procede la suspensión íntegra del art. 2 de la Orden SND/411/2020 de 13 de mayo ni del proceso de adjudicación de plazas. Adopción de medidas cautelares limitadas.*

La preservación del derecho invocado por los recurrentes no requiere, ya lo hemos anticipado, de la suspensión completa del art. 2 de la Orden SND/411/2020, de 13 de mayo impugnada, y tampoco de la del proceso de adjudicación de plazas, efectuado por la resolución de 8 de junio, en su totalidad. Esta suspensión total causaría unos perjuicios generalizados no solo a los terceros participantes en el proceso de adjudicación, que son millares, sino también al interés público, pues la necesidad de que los participantes se incorporen a su proceso formativo constituye un elemento organizativo relevante en la organización de las unidades docentes acreditadas. Por consiguiente, se impone un ejercicio de síntesis de los intereses afectados que mantenga en todo lo posible el sistema, con la menor alteración posible de las fechas de incorporación previstas. Para ello, concluimos que tan solo es preciso adoptar la medida cautelar de suspensión de aquellas previsiones de la Orden SND/411/2020, recurrida, que imposibilitan la comparecencia personal como modo de solicitud, compatible con el electrónico cuya validez y eficacia no queda afectada, pero privándole de todo carácter excluyente de la comparecencia personal y, consecuentemente, introducir la complementariedad del sistema de solicitud por comparecencia personal que estaba regulado en la disposición que ha derogado la norma ahora recurrida, valiéndonos para ello de todos los antecedentes del juego de ambos sistemas que diseñaba la Orden SCB 925/2019, de 30 de agosto (BOE de 9 de septiembre).

LA SALA ACUERDA:

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Dª. Celsa Pico Lorenzo

Dª. María del Pilar Teso Gamella

D. Rafael Toledano Cantero

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DÑA. MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA, AL AUTO DE 29 DE JUNIO DE 2020, DICTADO EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N.º 150/2020

Mi discrepancia, con el debido respeto al criterio mayoritario de la Sala, se basa en varias razones, unas de índole procesal y otras de naturaleza sustantiva, que sucintamente paso a exponer.

I.- En relación con las razones de índole procesal, considero que se han obviado las más elementales normas procesales sobre la regularidad en la presentación de la solicitud de medidas cautelares para garantizar su viabilidad jurídica, pues concurre defecto en la postulación, falta de legitimación activa, y se ha formulado la solicitud cautelar sin interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo. Veamos separadamente estas objeciones procesales.

1.- *Defecto de postulación no subsanado en el plazo dado por esta Sala.*

La solicitud cautelar presentada debió archivarse por falta de postulación, una vez constatado que no se acompañaba el correspondiente poder en favor de la Procuradora que encabeza el escrito, ni se había subsanado tal defecto en plazo tras ser requeridos por esta Sala. Ni siquiera al tiempo de dictarse el auto, día 29 de junio, el defecto ha sido subsanado. Con todo, lo relevante es que cuando se deliberó, votó y falló esta medida cautelar, el plazo conferido para la subsanación ya había expirado sobradamente y el requerimiento no se había sido cumplido.

Parece necesario mencionar la elemental exigencia, que como es natural ha de ser previa a la decisión cautelar, que impone nuestra Ley Jurisdiccional en los artículos 23.2 y 45.2.a), y de las consecuencias, el archivo, que siempre acarrea su incumplimiento, cuando no se atiende en plazo el requerimiento de subsanación realizado por el órgano judicial.

Se ha invertido en este caso, por tanto, el orden lógico procesal, pues primero se dicta la decisión cautelar, y luego ya veremos si se presenta el poder. Obsérvese que el auto vuelve a requerir de subsanación por segunda vez, ante el fracaso de la primera. Esta vez, eso sí, con advertencia de levantar la medida cautelar que se acaba de acordar. Resulta curioso que la correcta constitución de la relación jurídico procesal sólo importe para ejecutar la medida cautelar, pero no para acordarla.

2.- *Falta de legitimación activa*

El escrito de solicitud cautelar aparece firmado por 31 personas de las que sólo se expresa su nombre y el número de DNI, pero no su cualificación ni su titulación. Se desconoce, por tanto, si tienen titulación de grado/licenciatura/diplomatura de Medicina, Farmacia, Enfermería y ámbito de Psicología, la Química, la Biología y la Física, pues a todos estos profesionales

se refiere la Orden 411/2020, de 13 de mayo, cuya suspensión del apartado 2 del artículo único solicitan, y cada uno tiene un calendario diferente para la adjudicación de plazas. No se hace, en definitiva, ninguna referencia, al título legitimador que habilita para solicitar la medida cautelar.

Referencia que resulta esencial cuando se pretende suspender el calendario previsto (reparemos que la Orden es de 13 de mayo pasado y la solicitud cautelar no se presenta hasta el día 23 de junio en vísperas de su inicio) para la elección de las plazas sobre las variadas titulaciones señaladas, salvo que con dicho silencio se pretendiera extender indiscriminadamente la suspensión de la adjudicación a todas las citadas titulaciones, mediante el mutismo del escrito sobre si tenían alguna de esas titulaciones, o varias, o había titulados de todas ellas entre los firmantes.

Conviene añadir algo más que evidente, que es carga de la parte que promueve la medida cautelar expresar su legitimación y la condición en la que acuden ante esta Sala Tercera. Sin que tal omisión deba ser subsanada de oficio por esta Sala del Tribunal Supremo haciendo averiguaciones telemáticas, ni desde luego por la parte contraria.

Por lo demás, el auto se pierde con la cuestión relativa a la puntuación, que aduce el Abogado del Estado, pero no se pronuncia sobre lo esencial, que escrito de solicitud cautelar se presenta por 31 personas con su nombre y número de DNI, y no hay nada más. Ni se expresa la titulación, ni se contiene ninguna referencia a la legitimación.

3.- *La solicitud cautelar se presenta sin interponer recurso contencioso administrativo.*

Además de lo anterior, lo más grave, a mi juicio, es que el escrito presentado solicita medidas cautelarísimas, ahora cautelares tras nuestro auto de 24 de junio pasado, “*previas a la formalización del recurso*”, según señala el escrito. Cuando sabido es que las medidas cautelares pueden solicitarse “*en*

cualquier estado del proceso” (artículo 129.1 de la LJCA), pero no antes del proceso, sino durante el proceso que se inicia con la interposición.

Con la natural excepción de los supuestos de inactividad y vía de hecho que *“podrán solicitarse antes de la interposición del recurso”*, según establece expresamente el artículo 136 de la LJCA, por referencia a los artículos 29 y 30 de la LJCA, que obviamente no hacen al caso. Pero desde luego ni el artículo 129 ni el artículo 135 de la LJCA, al regular las medidas cautelares en general y las de especial urgencia, en particular, permiten adentrarse en el pantanoso terrero de ampliar las excepciones legales, creando ahora otras por vía jurisprudencial.

La cuestión no es baladí, porque una vez adoptada la cautela, el solicitante de la medida podrá no interponer recurso contencioso administrativo. Lógicamente habrá perdido interés, ya consiguió lo pretendido. Y esto no sólo es contrario al régimen jurídico de las medidas cautelares que diseña nuestra Ley Jurisdiccional, sino a la propia caracterización, configuración y finalidad de las medidas cautelares.

Los jueces y tribunales no pueden convertirse en una suerte de ventanilla que expida suspensiones cautelares de actos administrativos que no hayan sido impugnados, y que seguramente no lo serán. Al margen de creativos requerimientos como el que hace el auto, teniendo en cuenta que el escrito presentado ni siquiera anuncia, como señala el auto, tener ninguna intención de interponer recurso contencioso administrativo.

Parece necesario recordar también que las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable o irremediable la duración del proceso. Pero no son, y no deben ser, según el régimen jurídico que dibuja la LJCA, un fin en sí mismas, al margen del proceso y desvinculadas del mismo, como ha sucedido en este caso. Se podrían poner muchos ejemplos, pero basta con referirnos al *“periculum in mora”*, pues cuando se establece que ha de evitarse la pérdida de la finalidad legítima del recurso, a qué recurso se refiere si en este caso no hay ninguno.

El auto, en fin, se limita en este punto a invocar un precedente de esta Sala que no cita. Parece que se refiere a una medida cautelarísima, por la referencia a la urgencia, presentada cuando estaba en vigor el estado de alarma y las limitaciones más intensas a la libertad de circulación, que obviamente no concurren en este caso. Sin embargo ahora ya no se trata de una medida cautelarísima, se trata de una medida cautelar adoptada en una pieza separada de medidas cautelares, que carece de autos principales o de la pieza matriz. Como se ve, hay una desvinculación absoluta del recurso contencioso administrativo, que podrá, o no, ser interpuesto en el futuro, pero que establece un insólito precedente para nuestra jurisdicción.

II.- Respecto de las denominadas razones de naturaleza sustantiva, que se concretan en los criterios por los que el auto adopta la medida cautelar, también debo expresar mi completo desacuerdo.

1.- *Las razones de la medida cautelar se fundan en que las bases establecidas para un proceso selectivo son la “ley de la convocatoria”.*

A pesar de la invocación formal en el auto de los criterios legales que han de vertebrar la adopción de cualquier medida cautelar, lo cierto es que materialmente su decisión no se asienta sobre los criterios que señala nuestra Ley Jurisdiccional. Así es, no se ponderan los casos y circunstancias en que la ejecución del acto pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima, “periculum in mora” (artículo 130.1 “in fine” de la LCJA). Tampoco lo hace respecto de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto (artículo 130.1 de la LJCA). Ni, en fin, tampoco, en relación con la ponderación de la “perturbación grave de los intereses generales o de tercero” (artículo 130.2 de la LJCA).

Es cierto que el auto invoca los dos elementos medulares sobre los que se debe cimentar cualquier cautela (no frustrar la finalidad del recurso y la ponderación de los intereses en conflicto), del artículo 130 de la LJCA. Y es cierto que al final del fundamento octavo señala que lo relevante, para la

adopción de la medida cautelar, ha sido “no sólo la apariencia de buen derecho”, sino también “el peligro de la pérdida de efectividad de la sentencia”. Sin embargo, la atenta lectura del auto pone de manifiesto que no es así.

Y no es así porque la medida cautelar se construye sobre un único criterio relevante, la apariencia de buen derecho (el “fumus boni iuris”). Las invocaciones a la pérdida de la finalidad legítima del recurso se intentan encajar o intercalar en un discurso argumental presidido por la apariencia de buen derecho y el examen del fondo del asunto. Y la obligada ponderación de intereses, tanto la valoración circunstanciada del artículo 130.1, y no digamos de la perturbación de los intereses generales y de los intereses de tercero (artículo 130.2 de la LJCA), sólo merecen alguna tenue referencia.

No olvidemos, respecto de los intereses de “terceros”, que estos merecieron tener una potente presencia en la decisión cautelar, pues la margen de los 31 solicitantes de cautela, hay un gran número de terceros afectados (hasta 12.172 aspirantes figuran convocados según el calendario de la Resolución de 8 de junio de 2020). Aspirantes que se encuentran dispersos por todo el territorio nacional y en algún caso fuera de él, que ya tenían su organización profesional y vital ajustada al calendario fijado, y que se verá necesariamente alterado en el último momento por nuestra medida cautelar, debiendo realizar desplazamientos, además de los inevitables retrasos en la adjudicación de plaza.

A estos efectos debe tenerse en cuenta, como antes adelanté, que la premura para que esta Sala resuelva se produce por el retraso en la presentación del escrito de solicitud cautelar, porque la Orden en cuestión es de fecha 13 de mayo pasado y el escrito solicitando la medida cautelar no se presenta hasta el día 23 de junio, justo la semana que ya comenzaba el calendario para alguna de las titulaciones.

En fin, las verdaderas razones por las que la Sala adopta la cautela, es que la Orden 411/2020, de 13 de mayo, que modifica la Orden 925/2019, de 30 de agosto, al cambiar un sistema en parte telemático y en parte presencial

(diseñado por la Orden de 2019), por uno exclusivamente telemático (el que establece la Orden de 2020), ha cambiado la denominada por nuestra jurisprudencia “ley de la convocatoria”. A tenor de dicha jurisprudencia las bases de la convocatoria, que son la ley del proceso selectivo, vinculan a los participantes y a la Administración, y deben mantenerse, por razones de seguridad jurídica, en los mismos términos mientras se desarrolla dicho proceso hasta su culminación, pues en caso contrario estamos ante un vicio de invalidez determinante de nulidad, por la eventual lesión de los derechos de los participantes.

2.- El sustento que proporciona la doctrina sobre la “ley de la convocatoria” para adoptar la cautela, que se canaliza a través de la apariencia de buen derecho, suscita las tres consideraciones siguientes

a) El motivo que vertebra la decisión cautelar no ha sido invocado por ninguna de las partes

La primera consideración, y la más elemental, es que la expresada doctrina sobre la “ley de la convocatoria”, y su vulneración en este caso, es un motivo que nadie ha invocado. Ni la parte solicitante de la medida cautelar ni naturalmente el Abogado del Estado. No hay ninguna cita ni alusión al respecto.

Repárese que el escrito de la parte recurrente, cuando alude a la apariencia de buen derecho, invoca la lesión del artículo 14 de la Ley 39/2020, sobre el derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración. Eso sirve al auto de excusa para señalar que no entra en el fondo, porque no aborda la invocada infracción del citado artículo 14. No entra en el fondo que suscita la parte, pero entra, sin ningún recato, en el fondo de un motivo sustantivo nuevo, inédito para las partes procesales, sobre si el cambio que introduce la Orden de 2020, en comparación con la Orden de 2019, se ajusta a nuestra doctrina sobre la “ley de la convocatoria”.

A estos efectos, el auto se detiene en examinar y determinar en qué medida, en qué extremos, la Orden de 2020 altera las bases de la convocatoria

fijadas en 2019, sobre los singulares “derechos” que crea, como el derecho al retraso para elegir plaza con posterioridad al momento que le corresponde por turno, o como el derecho a cambiar el orden de solicitud hasta el último momento presencialmente, y no con 12 horas de antelación telemáticamente que resulta igual para todos como establece la modificación de 2020. En fin, se hace un examen de legalidad en toda regla. Lo que sucede es que en lugar de anular la Orden, termina adoptando una medida cautelar.

Obsérvese que ni siquiera en sentencia hubiéramos podido realizar este examen de legalidad, porque al tratarse de un motivo nuevo hubiéramos tenido que plantear previamente la tesis a las partes, como dispone el artículo 33 de nuestra Ley Jurisdiccional. Deben ser las ventajas de no haber interpuesto el recurso.

No está de más recordar lo evidente, que los órganos de nuestro orden jurisdiccional, todos, incluso la Sala Tercera, deben estar, cuando ejercitan su función jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE), sujetos a los límites que establecen las pretensiones formuladas por las partes y los motivos sobre los que se fundamentan, en los términos que expresamente establece el artículo 33.1 de la LJCA.

b) *La doctrina de la apariencia de buen derecho no resulta de aplicación. La sentencia no tendrá efecto útil*

Como se infiere de lo anterior, el sustento de la decisión, dentro de los criterios tradicionales en materia cautelar, se canaliza a través de la aplicación de la apariencia de buen derecho (“fumus boni iuris”), que no resulta procedente en este caso, en atención a las siguientes razones.

En primer lugar, porque no es un criterio previsto en nuestra Ley Jurisdiccional de 1998, pues aunque figuraba en el proyecto remitido a las Cortes, desapareció en la tramitación parlamentaria. Ahora, como señala nuestra jurisprudencia, ha pasado a tener ese efecto reflejo de la LEC.

En segundo lugar, porque nuestra jurisprudencia antes y sobre todo después de la vigente LJCA, ha realizado advertencias sobre la exquisita prudencia que ha de guiar su aplicación. En este sentido, la STC 148/1993, 29 de abril, y las SSTs de 17 de diciembre de 2001 (recurso n.º 8520/1996) y de 15 de marzo de 2004 (recurso n.º 6127/2001), señalan que *"el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal"*.

En tercer lugar, porque la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho desde la vigente LJCA, limitando su aplicación, desde las sentencias de 17 de diciembre de 2001 (recurso n.º 1 8520/1996) y de 15 de septiembre de 2003 (recurso n.º 12/2000), entre otras, a los supuestos siguientes: 1) cuando concurre una nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta y evidente, 2) cuando se trate de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, 3) cuando hay una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, 4) cuando hay criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz.

En definitiva, cuando no se siguen esas advertencias de prudencia en su aplicación, sucede, como en este caso, que no es que se haya prejuzgado el fallo, lo que se ha hecho directamente es juzgar la legalidad de la Orden de 2020 (apartado 2 del artículo único), sin recurso contencioso administrativo entablado, sin contradicción de las partes, y basando la decisión en un motivo inédito que ninguna de las partes había alegado.

Prueba de que se ha juzgado definitivamente el fondo es que si finalmente se interpone el recurso y llega a término, lo cual es mucho suponer, la sentencia no tendrá ningún efecto útil, pues nunca podrá declarar la conformidad a Derecho de la Orden, ya no. Los efectos se han consumado antes de interponerse el recurso contencioso administrativo. La Orden de 2020, según declara el auto, no se ajusta a nuestra doctrina sobre la "ley de la

convocatoria”, y eso lo declara un auto firme del Tribunal Supremo. Ni siquiera sería necesario, una vez declarada esa nulidad en sentencia, pronunciarse sobre la cuestión de fondo, esta sí planteada por la parte, sobre la infracción del artículo 14 de la Ley 39/2015.

Esta forma de proceder, pone de relieve que al socaire de la tutela cautelar, que se encuadra dentro de la efectiva tutela judicial del artículo 24.1 de la CE, se ocasiona la lesión de otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución aunque en el apartado 2, que es el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción, porque el incidente cautelar no es trámite idóneo ni apto legalmente, en los términos expuestos, para decidir irreversiblemente el fondo del recurso.

c) Los interrogantes que suscita la cuestión de fondo que aborda el auto

Esta tercera consideración permite que nos asomemos tímidamente a la cuestión de fondo que estima el auto, mediante la formulación alguna pregunta. En concreto, si cuando se está desarrollando un proceso selectivo, para reclutar a los nuevos Médicos Internos Residentes (MIR), aparece una pandemia, se declara el estado de alarma, con la consiguiente suspensión de plazos procesales y procedimentales, entre otras medidas, podrían, o no, modificarse las bases de la convocatoria para generalizar la vía telemática, fundada en razones de salud pública evitando rebrotes de la pandemia, y culminar el proceso mediante la elección de plazas por esta única vía. Teniendo en cuenta que las limitaciones propias del estado de alarma, pueden bloquear el proceso de selección de los expresados Médicos Internos Residentes. Además, podría entenderse, o no, razonablemente, que estamos ante una excepción a dicha regla general de la “ley de la convocatoria”, por la aparición de circunstancias sobrevenidas graves e imprevistas, o aún previstas, inevitables, y por ello la vía telemática emerge como el único medio de evitar la parálisis en la selección de médicos y garantizar la salud de todos.

Recordemos que la convocatoria tuvo lugar en 30 de agosto de 2019, cuando no se intuía ninguna pandemia, y la modificación a un sistema únicamente telemático tiene lugar por la Orden de 13 de mayo de 2020, es decir, cuando estaba vigente el estado de alarma.

Ni que decir tiene que la proliferación de los medios telemáticos en todos los ámbitos durante el estado de alarma y con posterioridad, ha sido enorme, como revela, v.gr., que este asunto fuera también deliberado telemáticamente por esta Sala Tercera. Del mismo modo que ha venido sucediendo en multitud de sectores apuntados al teletrabajo, incluso en los procesos selectivos de las demás titulaciones se ha aplicado íntegramente la Orden de 2020, que ahora se suspende respecto de Medicina. Todo ello pone de relieve la justificación razonable y proporcionada que supone generalizar los medios telemáticos para cualquier ámbito y desde luego también para concluir un proceso de selección tan multitudinario como la elección de plazas por los MIR. Se trata del medio que proporciona más seguridad para la salud de los participantes, en particular, y para todos los ciudadanos, en general, evitando aglomeraciones y desplazamientos por todo el territorio nacional, incluso desde fuera de nuestras fronteras.

En todo caso, la modificación por la Orden de 2020 no se encuentra ayuna de cobertura normativa, pues tiene cobertura normativa con rango de ley, como expresamente se recoge en el preámbulo de la misma, en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sabido es que tiene “rango y valor de ley”, como ha venido declarando el Tribunal Constitucional en STC 83/2016, de 28 de abril, y esta Sala Tercera, en Autos de 4 de mayo de 2020, dictado en el recurso n.º 99/2020, 6 de mayo de 2020, dictado en el recurso n.º 96/2020, y de 12 de mayo de 2020, en el recurso n.º 89/2020. La modificación, además, se motiva y justifica expresamente en el preámbulo de la Orden de 2020, haciendo referencia al contexto del estado de alarma que hacía imposible la comparecencia física de los aspirantes, y las dificultades para la realización de desplazamientos, nacionales e internaciones, incluso una vez terminado el estado de alarma, lo que suponía un obstáculo para la adjudicación presencial de plazas.

III.- *La conclusión*

Acorde con lo expuesto la Sala debió de denegar la medida cautelar, pues la solicitud resultaba jurídicamente inviable por los vicios formales del apartado I, falta de postulación y de legitimación, pero especialmente porque se formuló una solicitud cautelar sin interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo. De modo que se ha concedido la suspensión cautelar de un acto administrativo que no ha sido impugnado.

Tampoco, respecto de las razones sustantivas del apartado II, se adecúa el auto al régimen jurídico cautelar que dibuja la LJCA, pues la lesión de la doctrina sobre la “ley de convocatoria”, no puede aplicarse sin contradicción entre las partes, toda vez que estamos ante un motivo inédito que ninguna de las partes ha invocado y que introduce por sorpresa la Sala. Del mismo modo que, en una pieza de medidas cautelares no podemos prejuzgar, ni mucho menos juzgar la legalidad de la Orden de 2020 (apartado 2 del artículo único), pues la sentencia que recaiga resultará, en este caso, tan previsible como inútil.

En fin, conviene reiterar que cuando se prescinden de las expresadas exigencias y de las advertencias de nuestra propia jurisprudencia, sobre la singular prudencia que ha de observarse en la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho, sucede, como ahora, que al socaire de la invocación de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, se ocasiona la lesión de otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución aunque en el apartado 2, que es el derecho a un proceso con las garantías debidas de contradicción, porque el incidente cautelar no es trámite idóneo ni apto legalmente, en los términos expuestos, para decidir irreversiblemente el fondo del recurso.

En Madrid, a 29 de junio de 2020.

María del Pilar Teso Gamella

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA AL AUTO DE 29 DE JUNIO DE 2020 DICTADO EN EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 150/2020.

1. En mi opinión, la Sala debió denegar la medida cautelar. Al concederla se ha apartado de las reglas que rigen el proceso contencioso-administrativo (i), ha resuelto en virtud de un argumento que los recurrentes no utilizan (ii), ha provocado con su decisión un grave perjuicio a los intereses públicos vinculados al procedimiento de adjudicación de las plazas y a los de los miles de solicitantes de ellas convocados para las sesiones previstas hasta el día 31 de julio de 2020 (iii) y ha zanjado sin más el litigio, pues ya será irrelevante la sentencia que pueda dictarse si es que llegara a interponerse el recurso contencioso-administrativo, lo cual no ha sucedido hasta ahora (iv).

2. Se aparta la Sala de las reglas del proceso porque ha dado curso y resuelto una solicitud de medidas cautelares sin que los treinta y un solicitantes hayan aportado el poder con el que confieren su representación al procurador mediante el que han comparecido. Debe tenerse en cuenta que, al denegar la medida cautelarísima, se les requirió para que presentaran ese poder en una audiencia, es decir, en el mismo plazo dado a la Administración para alegar. Al deliberar y resolver la Sala sobre su solicitud, no lo habían hecho.

Por otro lado, el auto ha atendido las pretensiones de los solicitantes a pesar de que no han identificado la condición en que han pedido la cautela, ya que en este momento seguimos sin que nos hayan dicho cuál es la titulación en cuya virtud participan en el procedimiento de adjudicación. Es cierto que el

auto nos dice que en la lista de aspirantes a participar en el procedimiento de adjudicación están los solicitantes en la titulación de Medicina. Pero esa lista que el auto dice que la Sala ha comprobado y cuyo enlace para llegar a ella ofrece, ni la mencionan los solicitantes, que eran los que debían justificar ese extremo, ni consta en las actuaciones, en las que tampoco figura el enlace. La Sala ha llegado a ella supliendo el incumplimiento de los solicitantes.

3. El escrito de solicitud de medidas cautelares invoca la infracción del artículo 14.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, por obligar la Orden SND/411/2020 a los solicitantes a relacionarse telemáticamente con la Administración en el proceso de adjudicación de las plazas sin que haya un reglamento que lo permita conforme a lo que determina ese precepto. Esta sería la cuestión de fondo del eventual recurso y no es manifiesto que esa infracción exista a la vista del preámbulo de la Orden y de las alegaciones del Abogado del Estado. En cambio, en ningún lugar invocan los solicitantes el respeto a las bases de la convocatoria, que es la razón traída por el auto para decidir, ni han mencionado las convocatorias anteriores de las cuales no hay constancia en las actuaciones, aunque el auto sí lo haga. La Sala, de nuevo ha mejorado la posición de la parte sin plantear la tesis y sin que sea evidente que la modificación de dichas bases por la Orden SND/411/2020 sea contraria a Derecho. Otra cuestión de fondo, sin embargo zanjada ya definitivamente por mucho que el auto diga que no se pronuncia sobre ello. No cabe pronunciamiento sobre el fondo más claro que el que se ha hecho: dar de manera definitiva lo pedido.

4. En efecto, el auto, no es que recupere, sino que reconoce a los aspirantes el “derecho a retrasar la elección” y “el derecho de solicitud presencial”. Dice, pues, lo que debería decir, en su caso, la sentencia y, a la vez, la hace innecesaria, pues ningún interés tendrán ya los solicitantes, más allá de interponer el recurso para consolidar su éxito, en seguir el proceso hasta su finalización natural. Han obtenido lo que querían al instante.

Sin embargo, el proclamado derecho de los participantes en el procedimiento de adjudicación de las plazas --no el de relacionarse personalmente con la Administración invocado en la solicitud-- a optar *in situ* a otras distintas de las inicialmente pedidas en función del desarrollo de las adjudicaciones carece de reconocimiento legal o reglamentario. Y la modificación que opera la Orden SND/411/2020 --que contempla la facultad de revisar la opción telemáticamente hasta doce horas antes del comienzo de la sesión-- se fundamenta en las circunstancias originadas por la pandemia. No es una justificación incoherente ni arbitraria y la expiración del estado de alarma no hace que decaiga, pues todavía se siguen imponiendo limitaciones y prevenciones a las relaciones interpersonales y el mismo auto la acepta cuando impone a la Administración la carga de evitar los riesgos para la salud que traerá consigo la aplicación de la medida cautelar.

Por tanto, los efectos irreversibles que el auto quiere prevenir se refieren a un derecho de opción *in situ* y diferido que carece de sustento legal o reglamentario, no resulta del artículo 14.1 de la Ley 39/2015 y manifiestamente no es la regla en los procesos selectivos convocados por las Administraciones Públicas. Es una facultad, además, que no responde a razones de mérito y capacidad, aunque pueda atender otras de naturaleza diferente y su alcance, en todo caso, se habría debido establecer en sentencia, al igual que es en ella donde se habrían debido decidir las demás cuestiones que acabo de mencionar. Sin embargo, se han resuelto todas expeditivamente.

5. El auto se aplica a una suerte de ingeniería jurídica que desarticula el procedimiento de adjudicación previsto e impone uno nuevo: suspende parte del artículo 8 modificado de la Orden SND/411/2020 y requiere a la Administración que arbitre, manteniendo el cauce telemático, la forma en que los interesados que lo deseen puedan personarse y ejercer *in situ* una nueva opción a resultas del desarrollo de las adjudicaciones. Afecta, así, directamente a las convocatorias ya efectuadas hasta el día 31 de julio.

Es consciente del trastorno que causa a las expectativas de miles de solicitantes, pero traslada a la Administración la responsabilidad de establecer “con la menor dilación posible” un nuevo calendario y, “salvo causas justificadas”, de mantener la fecha de toma de posesión entre el 21 y 25 de septiembre de 2020 y el comienzo del período formativo ese 25 de septiembre. No obstante, la Sala no desconoce que el informe aportado por el Abogado del Estado calcula en dos meses, por lo menos, lo que se tardará en elaborar el desarrollo tecnológico que implica la medida cautelar y no hay en las actuaciones ningún elemento que permita concluir con fundamento que puede hacerse con garantías en menos tiempo. Esta decisión es, pues, exclusivamente una expresión de voluntarismo y supone el más claro reconocimiento del potencial perjudicial de lo acordado.

En realidad, el auto desatiende los intereses públicos que miran a la más pronta adjudicación de las plazas y los intereses privados de los miles de solicitantes afectados, convocados ya para días concretos de los meses de junio y julio a sesiones la fecha de cuya celebración queda ahora en la más completa incertidumbre. Ignora, por tanto, la prescripción del artículo 130.2 de la Ley de la Jurisdicción. Además, llegado al punto al que ha llegado, la coherencia con sus presupuestos le debería haber llevado a requerir también a la Administración que convoque la asistencia personal en tantas sedes como sean precisas para que quien quiera ejercer el singular derecho que ha reconocido pueda hacerlo y no perjudicar, obligando a desplazamientos excesivos, a quienes no residan en los lugares elegidos. En fin, altera las condiciones de la adjudicación de las plazas de unas y otras titulaciones, porque cuando se dicta ya ha comenzado el procedimiento. Si lo importante son las bases de la convocatoria de 2019, que es única, no se ve por qué no han de valer para todo él. Y aquí me parece relevante señalar que tampoco ha tenido en consideración que los treinta y un solicitantes pudieron formular su pretensión al publicarse el 15 de mayo de 2020 la Orden SND/411/2020. Sin embargo, han preferido esperar al 23 de junio de 2020 para presentarla. Un dato más, no irrelevante, de su conducta procesal que no me explico por qué no se ha tenido en cuenta.

6. Por último, el auto que motiva este voto da carta de naturaleza a un proceso sin recurso y sin representación que termina con una decisión de fondo sin sentencia en un asunto con miles de afectados. De ahí que deba subsanarse a sí mismo pidiendo a los solicitantes, que no recurrentes, que interpongan el recurso contencioso-administrativo. En vano se buscarán en la Ley 29/1998, de 13 de julio, la que debemos aplicar, estas variedades procesales.

Madrid, a 29 de junio de 2020

Pablo María Lucas Murillo de la Cueva



Recurso Nº: 150/2020