

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

BARROETA ALDAMAR 10-2ª Planta-C.P.: 48001 Bilbao
TEL.: 94-4016655

NIG PV: 00.01.3-14/000220
NIG CGPJ: XX.XXX.33.3-2014/0000220

Procedimiento Origen: Protecc.jurisdic.241/2014

Procedimiento: Medidas cautelares 43/2014 - Sección 2ª-erc

Demandante: ERTZAINEN NAZIONAL ELKARTASUNA
-ERNE- y ASIER VALENTIN ECHENIQUE
Representante: BEGOÑA MARTIN GUTIERREZ

Demandado: ACADEMIA VASCA DE POLICIA Y EMERGENCIAS
Representante:

ACTUACIÓN RECURRIDA: RESOLUCION DE 1-4-14 DE LA ACADEMIA VASCA DE POLICIA Y EMERGENCIAS DEL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD, PUBLICADA EN EL B.O.P.V. Nº 63 DE 1-4-14, POR LA QUE SE CONVOCA PROCEDIMIENTO SELECTIVO PARA INGRESO EN LA CATEGORIA DE AGENTE DE LA ESCALA BASICA DE LA ERTZAINZA. =

AUTO

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: Dª. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL
MAGISTRADOS: D. ANGEL RUIZ RUIZ
D. JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

Siendo Ponente Dª. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

En Bilbao, a catorce de mayo de dos mil catorce.

Los anteriores escritos, presentados con fechas 7.5.14 y 13.5.14 por el Sr. Letrado del Gobierno Vasco y por el Ministerio Fiscal respectivamente, únanse a la pieza de medidas cautelares de su razón.

HECHOS

PRIMERO.- Ante esta Sala se ha interpuesto con fecha 11 de abril de 2014, por la representación de D. Asier Valentín Echenique y por la representación de D. Jose Julio Rivero León, en calidad de representante del Sindicato Er.N.E., recurso contencioso-administrativo registrado con el núm. 241/2014, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, contra la Resolución de 1 de abril de 2014 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso, en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV de 1.4.2014).

Se interesó medida cautelar que se registró con el número 43/2014.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación de fecha 14 de abril de 2014 se formó pieza de medidas cautelares, acordándose oír al Ministerio Fiscal y a las parte demandada.

Con fecha 24 de abril de 2014 se presentó escrito interesando ampliación de las medidas cautelares, acordándose por diligencia de ordenación de la misma fecha, dar traslado al Ministerio Fiscal y a la parte demandada.

Por el Letrado de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha presentado escrito interesando que se deniegue la adopción de las medidas cautelares solicitadas, tanto con carácter principal como subsidiario y/o alternativo.

El Ministerio Fiscal ha expuesto su posición en el informe presentado el 13 de mayo de 2014, en el que indica que no se opone a que pueda accederse a la medida cautelar interesada con carácter alternativo o subsidiario, permitiendo a las personas mayores de 35 años participar en el proceso.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra la Resolución de 1 de abril de 2014 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso, en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV de 1.4.14), y, en concreto, contra la Base Segunda, apartado c), que establece como requisito de participación : “c) *tener 18 años de edad y no haber cumplido los 35.*”

Se invoca la vulneración del art. 14 de la CE, en relación con el art. 23.2 CE, y se interesa en el primer otro sí digo al amparo de los arts. 129 y 130 de la LJCA, como medida cautelar, **la suspensión del proceso selectivo contenido en las referidas bases, sin necesidad de prestar caución o fianza.**

El recurso se interpone por la representación del Sr. Rivero León en representación del Sindicato ER.N.E., y por la representación de D. Asier Valentín Echenique. Se ha aportado el documento justificativo de la presentación de solicitud del Sr. Valentín, nacido en 1973.

En el escrito presentado posteriormente se solicita, al amparo del art. 133.1 de la LJCA, que se permita de manera cautelar **“a todos aquellos candidatos mayores de 35 años la posibilidad de acceder a la convocatoria y consiguientes pruebas de selección para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza..”**

Según resulta de la Base primera de la convocatoria se convocan 120 plazas con PL1 todas ellas, 60 con fecha de preceptividad vencida.

La Administración se opone recordando, en una consideración previa, la posición de la Sala en los recursos contencioso-administrativos núms. 276/2006 y 792/07. En segundo lugar, se argumenta que resulta más perjudicial y perturbador para el funcionamiento interno de la asignación de los recursos humanos de la Ertzaintza, y en definitiva, para el servicio público, que se adopte alguna de las medida solicitadas. Para la Administración no es irrelevante que se produzca un retraso en el proceso, o que se tenga que tramitar en unas condiciones distintas a las convocadas, por así venir contemplado en el reglamento de aplicación. Se explica que todo retraso iría en contra de una planificación razonable de los recursos humanos; y se añade que la suspensión supondría un quebranto económico, que ha destinado medios materiales y personales para la organización de los distintos ejercicios y fases del proceso selectivo. Y además se produciría un perjuicio a los intereses de los aspirantes a las plazas convocadas. En cuanto al “fumus boni iuris”, se indica que no cabe una anticipación del juicio de fondo, y que no concurre ninguna de las circunstancias que justificaría acudir a éste parámetro de decisión.

Finalmente se indica que se producirían perjuicios económicos, por lo que no se comparte que, si se adopta alguna medida cautelar, no se imponga fianza o caución.

El Ministerio Fiscal en sus alegaciones, tras exponer la posición doctrinal y jurisprudencial en relación con las medidas cautelares, considera que sería “más adecuado que se posibilitara” la participación de los mayores de 35 años, junto con el resto de los intervinientes, de forma que “una futura desestimación definitiva de su pretensión, posibilite el acceso al Cuerpo de otras personas que hayan podido quedar excluidos debido a la limitación del número de plazas convocadas y no al contrario..”. En cuanto a la apariencia de buen derecho se hace referencia a las sentencia de ésta Sala, y a las STS 16 de diciembre de 2011 y 16 de mayo de 2012. Respecto de la ponderación de intereses en peligro se argumenta que la suspensión de la convocatoria podía perjudicar el interés público, y producir perjuicios a terceros que sí cumplen a fecha actual los requisitos de la convocatoria. En cuanto a los intereses del Sr. Valentín, no se presenta prueba alguna, y si se estimara el recurso podía realizar las pruebas selectivas con posterioridad, aunque “no parece excesivo poder afirmar que en un proceso selectivo de esta naturaleza en la que las pruebas físicas adquieren una especial importancia, su realización en un futuro proceso selectivo, pasados unos años, no tendría lugar en las mismas condiciones”. Por ello se concluye que podrían causarse daños de imposible o difícil reparación.

SEGUNDO.- En primer lugar, como se indica por la Administración, la Sala dictó STSJPV núm. 627/2008, de 6 de octubre de 2008, en el recurso contencioso-administrativo núm. 276/2006, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el art. 4.b) del Decreto 315/1994 de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco. La sentencia devino firme.

La STSJPV núm. 564/2009 de 16.9.2009, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 792/07, desestimó el recurso interpuesto contra la

Resolución de 19 de marzo de 2007 (BOPV de 10.4.07), por la que se convocaba el procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala básica de la Ertzaintza, y resolución ulterior de aprobación de la relación definitiva de admitidos y excluidos. Y ATSJ de 14.6.07 en incidente de medidas cautelares, desestimatorio.

El Decreto 120/2010 de 20 de abril, de tercera modificación del Decreto 315/1994 por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco modificó el art. 4.b), indicando “tener 18 años de edad y no haber cumplido los 35 para el ingreso en la categoría de Agente..”

La Base Segunda impugnada, como puede observarse, se acomoda al art. 4.b) del D. 315/1994 de 19 de julio, en la redacción dada por el D. 120/2010.

Y en ATSJ de 14.6.07 dictado en el incidente de medidas cautelares, dimanante del recurso contencioso-administrativo núm. 792/2007, se desestimó la medida cautelar interesada en relación con la resolución de 19 de marzo de 2007 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV de 10.4.08), en relación igualmente con la Base segunda, apartado c), requisitos de participación, que establecía límite máximo de edad.

En el mencionado ATSJ se dice:

“En relación con el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional , la jurisprudencia pone de manifiesto que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso (sentencia de 27 de abril de 2004 , en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000). Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora", que opera como criterio decisor de la suspensión cautelar, aunque sin olvidar la incidencia concurrente de los intereses generales y de los terceros, como posible obstáculo a la adopción de la medida. En cuanto a la invocación de la apariencia de buen derecho, conviene hacer también referencia a la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la apariencia de buen derecho, exige, su prudente aplicación y significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados.

De la más reciente posición jurisprudencial resultan significativos ATS Sección 3ª dde 11.10.05 (rec. 116/2004) y STS 3ª sec. 5ª , S 13-07-2005, rec. 8321/2002 . Pte: Fernández Valverde, Rafael, en cuyos fundamentos jurídicos cuarto y quinto se desarrollan las líneas fundamentales asumidas jurisprudencialmente en interpretación de los preceptos que nos ocupan. Textualmente se indica que :

"la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos

especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 "in fine", al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3).

De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el

criterio o presupuesto legal del denominado periculum in mora como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

En relación con el citado primer aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998.

En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, 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.

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, -no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1 -, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como señala la STS de 18 de noviembre de 2003 la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su

razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

*De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.*

En relación con la apariencia de buen derecho el ATS 11.10.05 (rec. 116/04) señala que :

La apariencia de buen derecho pues, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión en algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características apuntadas, debidamente acreditada por quien solicita la suspensión, requiere, según reiterada jurisprudencia, una prudente aplicación, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar su alegación como argumento de la procedencia de la suspensión cuando el acto o disposición impugnada haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula o cuando se impugna acto o disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser, por primer vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del art. 24 de la Constitución que reconoce el derecho al proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio, argumento extensible al supuesto en que se invoque la nulidad de pleno derecho del acto o disposición que, además, ha de ser ostensible, manifiesta y evidente.

Debemos añadir que la jurisprudencia viene manteniendo que el juicio sobre la probabilidad de causación de perjuicios y la naturaleza de éstos, en relación con los intereses públicos o privados en conflicto es, normalmente más de elementos fácticos que propiamente jurídicos (STS 3.4.02-rec. 1679/02).

El ATS 22.2.07 (Pte. Sra. Picó Lorenzo), en relación con la suspensión de la ejecución de disposiciones de carácter general expone que: Los criterios anteriores conducen a que se venga reiterando por este Tribunal que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público (Sentencia de 12 de julio de 2004 con cita de Autos anteriores ; Auto de 27 de noviembre de 2006 con cita de amplia jurisprudencia). Y solo en caso de grave daño individual cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993, Sentencia de 12 de julio de 2004). También se insiste (auto de 27 de noviembre de 2006 , recurso ordinario 53/2006, con cita de los

Autos de 22 de febrero de 1996, 22 de marzo de 1993, 19 de julio de 2000 y 8 de octubre de 2004) que cuando se trata de impugnación de disposiciones generales es prioritario el examen de la medida en que el interés público, implícito en la propia naturaleza de la disposición general, exija la ejecución.”

Y se concluye que:

Estima, en conclusión, esta Sala que procede desestimar la medida cautelar que se interesa. En primer lugar, no puede obviarse que el requisito de edad se encuentra previsto en una norma reglamentaria, a la que se acomoda la Base Segunda de la convocatoria; desde esta perspectiva la solicitud de los recurrentes supone que se suspenda, respecto de ellos, la previsión normativa, lo que afecta al interés público implícito en la propia disposición general; en segundo lugar, existe un interés público de la Administración, e interés de los terceros que hayan sido admitidos al proceso, en que prosiga el mismo; en tercer lugar, como hemos expuesto, ni siquiera consta que los recurrentes hayan solicitado participar en este procedimiento selectivo, y que hayan sido excluidos por razón de la edad; en cuarto lugar, como hemos indicado, interpuesto el recurso contra las Bases de la convocatoria, e interesando en realidad que se suspenda respecto de ellos la ejecutividad de la Base Segunda apartado c), y del art. 4.b) del Decreto antes mencionado, lo que comprometería el alcance general en términos de igualdad de la ley del procedimiento selectivo, y de la norma reglamentaria.

En cuanto a la alegación relativa al a apariencia de buen derecho, no es el momento de entrar en el análisis exhaustivo de la cuestión que se suscita por el recurrente. No obstante debemos recordar que como se recuerda en la propia sentencia que se invoca (STC 37/2004) "El derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal. En efecto, "en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos" (STC 75/1983, de 3 de agosto). Es decir, cuando menos no puede considerarse con la evidencia que parece derivarse de la posición del recurrente que resulte favorable a sus tesis el criterio del "fumus bonis iuris".

La STS 21 de marzo de 2013 (rec. 960/2010) explica que:

“Así el artículo 130 de la Ley 29/1.998, de 10 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa preceptúa que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, podrá acordarse la suspensión del acto o disposición objeto de un recurso, cuando la ejecución de aquél o la aplicación de ésta pudieran hacer perder su finalidad legítima al mismo, añadiendo, el propio precepto, que la medida cautelar podrá denegarse, cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

En definitiva, interés público e interés de tercero, por una parte y perjuicios individuales unidos a la piedra angular de la institución que es la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

Todos estos conceptos armonizados, deben determinar la procedencia o improcedencia de una eventual suspensión, teniendo en cuenta, como parámetro de referencia, que los conceptos aludidos han de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala [entre otras, sentencias de 19 de septiembre de 1995 (recurso 171/1993), 13 de enero de 1997 (recurso 4432/1994) y 1 de febrero de 2000 (recurso 1875/1997)], la medida de suspensión de la ejecución de los actos administrativos sigue siendo en nuestro Derecho una medida de excepción al principio general de autotutela de las Administraciones Públicas, por lo que únicamente debe adoptarse, bien cuando la ejecución pueda producir de forma indubitada daños o perjuicios de reparación imposible, o bien cuando las específicas circunstancias en cada caso concurrentes determinaran que la no suspensión pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso interpuesto, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 130.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción .”

TERCERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto por el cauce procedimental previsto en el art. 114 de la LJCA, conjuntamente por el Sr. Valentín, en su propio nombre y derecho, y por el representante del Sindicato ERNE.

El SR. Valentín actúa en defensa de sus propios derechos e intereses, y, por ello, no puede entenderse que invoca la adopción de la medida cautelar en defensa de otro interés que no sea el suyo propio de participar en el proceso selectivo convocado, aunque supera el límite máximo de edad, puesto que nació en el año 1973.

El Sindicato, por su parte, no puede sino intervenir en el procedimiento especial previsto en el art. 114 de la LJCA en defensa de sus propios intereses y derechos como Sindicato (lo que no es el caso, puesto que no se denuncia una afección al derecho a la libertad sindical, o a otros derechos de ejercicio colectivo), o bien, en defensa de los intereses de sus afiliados, pero en relación con el caso concreto, porque “ *para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado "función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores" (STC 101/1996, de 11 de junio, FJ 2). Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, de 15 de enero, FJ 5 ; y 24/2001, de 29 de enero, FJ 5)”.*

El Sindicato recurrente parece avocarse la representación de “todos los candidatos que pudieran resultar perjudicados por la limitación establecida”, pero ésta representatividad no puede reconocérsele, sin más, en el ámbito del procedimiento de

protección de los derechos fundamentales, cuando se invoca la vulneración del art. 14 de la CE, en relación con el art. 23.2 de la CE, en un procedimiento de acceso a la función pública, y por lo tanto respecto de personas que por el momento no están vinculadas estatutariamente a la Administración. Como reiteradamente se viene indicando no es suficiente con que el Sindicato acredite la defensa de un interés colectivo dentro de la “función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores” (STC 101/96), sino que debe existir un vínculo especial y concreto con el objeto del debate, vínculo o nexo que debe ponderarse en cada caso, y que se plasma en “la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico” derivado de la eventual estimación del recurso entablado (STC 7/2001 de 15 de enero). En éste caso, al haberse interpuesto el recurso por los cauces de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales es necesario que la vinculación o nexo exista entre los intereses del Sindicato y el derecho fundamental violado. En éste caso, el art. 14 de la CE, derecho a no ser discriminado por razones de edad, es un derecho fundamental que puede ser invocado por cada interesado, pero resulta cuestionable que pueda serlo colectivamente, por un Sindicato, y en relación con el conjunto de los ciudadanos que, en abstracto, pudieran estar interesados en participar en la convocatoria, aunque no reúnan los requisitos que se establecen en la norma reglamentaria, y en las Bases, en relación con la edad.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como primera observación, debemos señalar que aunque los recurrentes consideran que no se produciría ninguna afeción al interés público ni a terceros si se accediera a la suspensión de la convocatoria, no podemos compartirlo. Se trata de la convocatoria de un proceso selectivo de acceso a la Policía Vasca, en el que el interés público comprometido es la cobertura de las necesidades de personal de la Ertzaintza. Y no sólo existe el interés de la Administración de convocar los procesos selectivos para atender a sus necesidades, sino también el interés de quienes, tras haberse publicado la oferta pública correspondiente, aspiran a poder participar en las correspondientes convocatorias, y de hecho, han presentado su solicitud. Debemos añadir que los términos de la convocatoria se ajustan a los establecidos en el Decreto 120/2010, en lo relativo al requisito de edad máxima.

Se invoca como interés relevante al solicitar la suspensión de la convocatoria “evitar que se ponga en marcha un proceso selectivo contrario a Derecho, y a los principios de mérito, capacidad e igualdad”. Pero esta invocación abstracta al principio de legalidad exigiría un pronunciamiento anticipatorio del fondo que no resulta procedente en éste incidente cautelar, cuando, como hemos expuesto, debemos limitarnos a observar que la convocatoria se acomoda a los términos de la norma reglamentaria que rige el proceso, el Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco, art. 4.b) que en su redacción anterior fue cuestionado ante la Sala, y desestimado el recurso interpuesto mediante sentencia que devino firme. Ciertamente como se expone por el Ministerio Fiscal existen pronunciamientos jurisdiccionales posteriores (STS 21.3.2011 (rec. 184/2008) y STS 21.3.2011 (rec. 626/2009), -en relación con aspirantes a ingreso en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, CNP; STS 3 de febrero de 2014 (rec. 76/2010), en relación con funcionarios de los Cuerpos de Policía Local, sujetos al EBEP, STS 14.12.2012 (rec. 5837/2010), en relación con proceso selectivo Escala ejecutiva del CNP) que permiten afirmar que se trata de una cuestión controvertida. Existe también jurisprudencia constitucional (entre otras STC 1.3.12), y comunitaria (p.e. TJ (CE) Gran Sala de 12.1.10-C-229/2008), entre otras. Es decir,

aunque existe la jurisprudencia que se invoca por el Ministerio Fiscal no podemos concluir, en este incidente, que desde la perspectiva de la apariencia de buen derecho, estemos ante un criterio jurisprudencial reiterado que permita concluir en la nulidad de pleno derecho de la Base cuestionada (e indirectamente, al menos tácitamente, del art. 4.b) de la norma reglamentaria). Como hemos observado anteriormente la convocatoria, en el aspecto concreto, se ajusta a los términos de la norma reglamentaria, del Decreto 120/2010.

Siguiendo con el razonamiento, como hemos expuesto, la Sala considera que existe un interés público en la prosecución de la convocatoria, y el interés de quienes, cumpliendo con los requisitos, han presentado su solicitud para participar en la misma. Existe también el interés del recurrente Sr. Valentín, que invoca su derecho a no ser discriminado por razones de edad, para participar en la convocatoria. En el ATSJPV de 14.6.07 dictado en el incidente de medidas cautelares, dimanante del recurso contencioso-administrativo núm. 792/2007, se indicaba que los allí recurrentes no acreditaban que habían intentado participar en el procedimiento selectivo y habían sido excluidos. Esta circunstancia es distinta en el supuesto que nos ocupa, en relación con el Sr. Valentín, que acredita que ha presentado su solicitud, y que figura como excluido por razones de edad. Atendiendo al criterio expuesto por el Ministerio Fiscal, y en orden a preservar el interés del Sr. Valentín, se considera procedente acceder a la medida cautelar positiva de posibilitar, respecto del mismo, la prosecución del proceso selectivo hasta, en su caso, el nombramiento como funcionario en prácticas (Base Decimotercera), por considerar que la incidencia que el transcurso del tiempo pudiera tener en la condición física del recurrente, y entendemos que igualmente en el nivel o intensidad de preparación en la fase de oposición, queda preservada suficientemente, puesto que en el supuesto de una sentencia eventualmente estimatoria restaría únicamente la fase de formación y prácticas. Y quedaría, igualmente preservado, el interés de quienes cumpliendo el requisito de edad de las Bases de la convocatoria pudieran eventualmente verse, como consecuencia de la medida cautelar, postergados en las fases de nombramiento de funcionario en prácticas y ulteriores.

Debemos añadir que la Sala estima que la medida cautelar únicamente procede respecto del recurrente, puesto que la invocación del derecho fundamental vulnerado, y su reparación, es de carácter individual. Como hemos expuesto, no entendemos procedente extender de forma genérica la medida cautelar a todos quienes siendo mayores de 35 años hayan presentado su solicitud, o incluso, en los términos solicitados, posibilitando el acceso a la convocatoria y consiguientes pruebas de selección”, a mayores de 35 años, lo que implicaría una nueva convocatoria dirigida a éste colectivo. En primer lugar, y con el carácter provisional que supone una decisión en un incidente cautelar, en el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas, la legitimación del Sindicato queda circunscrita a su nexo con el derecho vulnerado, que, en éste caso, es el derecho a no ser discriminado, y que es personal. Y en segundo lugar, porque posibilitar la participación de un número indeterminado de personas que no reúnen los requisitos de la convocatoria, y la prosecución del procedimiento en todas sus fases, pudiera afectar al procedimiento mismo, y a los intereses de quienes sí reúnen los requisitos para participar en el procedimiento convocado.

CUARTO.- Sin que proceda expresa imposición de las costas procesales causadas.

Por lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

ESTIMAR PARCIALMENTE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR INTERESADA EN RELACIÓN CON D. ASIER VALENTÍN ECHENIQUE, ACCEDIENDO COMO MEDIDA CAUTELAR POSITIVA A QUE PARTICIPE EN LA FASE DE OPOSICIÓN DEL PROCESO.

SE DESESTIMA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2014 DE LA DIRECTORA GENERAL DE LA ACADEMIA VASCA DE POLICÍA Y EMERGENCIAS, POR LA QUE SE CONVOCA PROCEDIMIENTO SELECTIVO PARA INGRESO, EN LA CATEGORÍA DE AGENTE DE LA ESCALA BÁSICA DE LA ERTZAINZA (BOPV DE 1.4.2014), Y LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA EN LOS TÉRMINOS INTERESADOS EN EL ESCRITO PRESENTADO EL 24 DE ABRIL DE 2004.

SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante **RECURSO DE REPOSICIÓN**, por escrito presentado en esta Sala en el plazo de **CINCO DÍAS**, contados desde el siguiente a su notificación, no obstante lo cual se llevará a efecto la resolución impugnada (artículo 79.1 LJCA).

Para la interposición del recurso será necesaria la previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 91 0043 14, de un **depósito de 25 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso". Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Secretario Judicial, doy fe.

Medid.cautelares 43/2014-Auto 14/05/2014

RECURSO: Medid.cautelares 43/2014

SECCIÓN: Seccion 2ª-erc

DOCUMENTO QUE SE NOTIFICA: Auto de 14.5.14

**DILIGENCIA DE COMUNICACIÓN FUERA DE SEDE TRIBUNAL
CON EFECTO ART. 151.1 LEC**

En Bilbao, a _____

La extiendo yo, el/la Auxiliar de la Administración de Justicia, para hacer constar que me constituyo en la sede del SR. LETRADO DEL GOBIERNO VASCO y en la del MINISTERIO FISCAL, con objeto de llevar a efecto el acto de comunicación acordado en las actuaciones de referencia.

Teniéndole presente, le hago entrega del documento que se indica en el encabezamiento de esta diligencia, en el que consta el recurso que cabe contra el mismo, el plazo y el órgano ante el que debe interponerse.

Realizado el acto de comunicación expresado, firma conmigo el receptor.

Firma del receptor

Firma del funcionario