

SENTENCIA Nº 4173/2011
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA
Sección 1ª

RECURSO DE APELACION Nº 1491/2011

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

Dª MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO CRUZ GOMEZ

D.EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ



En la Ciudad de Málaga a 28 de diciembre de dos mil once .

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el recurso de apelación 1491/2011, interpuesto por D.MANUEL RESA ALCALA, contra auto, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 3, de Málaga y como parte apelada el Servicio Andaluz de Salud.

Ha sido Ponente la Iltra. Sra. Magistrada Dª. Teresa Gomez Pastor, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el apelante se interpuso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 3 de los de Málaga recurso contencioso administrativo contra resolución de la Gerencia del Área Sanitaria Norte de Málaga de 18 de diciembre de 2010 registrándose el recurso con el número 39/2011.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo dictó resolución, cuya parte dispositiva se da aquí por reproducida en su contenido.

TERCERO.- Contra dicha resolución, por la representación procesal de la parte recurrente, se interpuso Recurso de Apelación, el que fue admitido a trámite, dándose traslado a las demás partes personadas, por quince días, para formalizar su oposición.

Adhiriéndose al recurso de apelación el Ministerio Fiscal .

Al visualizar y oponiéndose a dicho recurso la administración autonómica demandada.

Remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo, quedando registrado el recurso de apelación con el número 1491/2011.

CUARTO.- No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, hecho que ha sucedido el día 21 de julio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El auto apelado desestimó la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecutividad del Resolución dictada con fecha 18 de diciembre de 2010 por la Gerencia del área Sanitaria Norte de Málaga por la que no se aceptaba la condición de objetor de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo presentada por él, hoy apelante, en base a estimar que el derecho a la objeción de conciencia previsto al artículo 19. 2 de la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, ampara únicamente aquellos profesionales que están directamente implicados en la realización de la referida interrupción; estimándose en dicha resolución que él apelante no se encuentra en ninguno de los centros en los que se practica la Interrupción voluntaria del embarazo; viniendo a mantener, además la Administración autonómica, hoy apelada, que en el proceso y derivación de las mujeres así como en la atención anterior y posterior, la ley no prevé la posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia de los profesionales . Es decir a través de la resolución recurrida, de la que dimana la pieza separada que constituye el objeto del presente recurso de apelación, dicha administración viene a denegar al recurrente en su condición de objetor.

El Auto apelado entendió que el interés general aconsejaba no suspender la ejecutividad de la resolución objeto del recurso por estimar que poniendo frente a frente la afectación periférica del ámbito de la conciencia del facultativo, concretamente estima el Juzgador "a quo" un interés privado; y el interés público que representa la atención adecuada del sistema sanitario público en todo los niveles de las mujeres que desean información sobre la Interrupción Voluntarias del

Embarazo, es este interés público el que, a su entender, ha de tener prevalencia ; razonamiento que supone que dicho juzgador desestime la pretensión de suspensión cautelar.

El recurso de apelación formulado por el facultativo y al que se adquirió el Ministerio fiscal se basa, en esencia , en mantener de un lado que la no suspensión del ejecutividad de la resolución recurrida supondría, en el supuesto de que se dictara una sentencia estimatoria sus pretensiones, la pérdida de la finalidad legítima del recurso; y por otro lado el mantener que no concurre perjuicio para el interés público.

SEGUNDO Pues bien , una vez centrados los términos del debate, hemos de partir para la resolución del supuesto de que se nos plantea de que, dispone el artículo 129 de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, añadiendo el artículo siguiente, que el órgano jurisdiccional, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, podrá acordar las medidas únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición general pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, esto es, cuando hubiera el riesgo de una eventual sentencia estimatoria pero inoperante para restablecer el ordenamiento jurídico infringido.

La finalidad de la medida cautelar es, esencialmente, el aseguramiento de la efectividad de la sentencia o del resultado del proceso cuando sea necesario.

El Tribunal Supremo al examinar el alcance del artículo 130 de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa , ha señalado en reiteradas ocasiones -autos de 2 de noviembre de 2000, 29 de enero de 2002, 31 de octubre de 2002, 16 de mayo de 2003, entre otros-, que el criterio elegido en dicho artículo para decidir sobre la suspensión cautelar del acto impugnado, es que su ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, exigencia de aseguramiento del proceso que viene a representar lo que en la doctrina se ha denominado *periculum in mora*; esto es, 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.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas, que en auto de 26 de junio de 2003 señala que "debe determinarse si la anulación, en su caso, de la Decisión controvertida por el juez que conoce del fondo permitiría invertir la situación provocada por su ejecución inmediata y, al contrario, si la suspensión de la ejecución de dicha Decisión podría entorpecer la plena eficacia de ésta en el supuesto de que se desestimara el recurso".

La apreciación de este requisito, según se desprende de lo establecido en el párrafo inicial del citado artículo 130, ha de efectuarse mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, de tal forma que cuando la suspensión cautelar sea la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse, los intereses públicos a considerar en ese juicio de ponderación deberán ser muy relevantes, y la necesidad de la inmediata ejecución del acto recurrido para atender tales intereses deberá constar de manera inequívoca (STS Sala 3ª, sec. 3ª, S 14-5-2008, rec. 3365/2007).

En cualquier caso la ponderación de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, cuya frecuente tensión, por hallarse habitualmente enfrentados, entre otros, los de efectividad de la decisión judicial y los de eficacia administrativa (arts. 24.1 y 103.1 de la Constitución), ha de solucionarse casuísticamente, en vista de la dificultad de fijar reglas generales, habida cuenta también del criterio que resultaba de la Exposición de Motivos de la anterior Ley Reguladora de esta Jurisdicción , a cuyo tenor, al juzgar sobre la procedencia de la suspensión a que se refería, habría de considerarse, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego, lo que imponía examinar el grado de dicho interés público, para adoptar la pertinente resolución sobre la suspensión de la ejecución.

Aunque sin poder prejuzgar la cuestión de fondo, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir sobre la que es objeto del litigio (Autos del Tribunal Supremo de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 , de 28 de enero y de 9 de julio de 1999).

TERCERO.- Pues bien sentado lo anterior, esta Sala no coincide con la apreciación que realiza el juzgador de instancia de la anterior doctrina; toda vez que si bien es cierto, en supuesto planteado nos encontramos con que junto el derecho a la objeción de conciencia del facultativo se encuentra el derecho de las mujeres ,para interrumpir voluntariamente su embarazo ,en los términos legalmente previstos y al correcto funcionamiento de la Administración sanitaria.

Sin embargo de conformidad con los artículos 130.1 y 2 de la ley Jurisdiccional y haciendo una ponderación de los intereses en juego nos encontramos de un lado que teniendo en cuenta el carácter de la petición invocada por el apelante es evidente que la no suspensión del acto haría perder su finalidad legítima al recurso toda vez que si durante el tiempo de tramitación del recurso hubiera de realizar alguno de los actos referidos no cabría una cuantificación económica a los efectos de reparación del daño.

Por otra parte nos encontramos con que, en aras a la salvaguarda de los intereses generales, no podemos dejar de destacar que teniendo en cuenta que frente a la alegación realizada por la parte apelante en su escrito de interposición del recurso ante el Juzgado, en el sentido de que en el centro trabajan muchos profesionales capacitados para realizar esos actos que no se han declarado objetores; lo que determinaría que en el supuesto de que de alguna mujer requiriera las atenciones correspondientes al protocolo del IVE podría verlas satisfechas .

Sin que , además , la Administración apelada haya realizado alegación alguna ni haya aportado principio alguno de prueba que pudiera venir a acreditar la imposibilidad de que por parte de otros facultativos se pudieran realizar tales funciones; limitándose fundamentalmente a esgrimir motivos de fondo que cómo es sabido encuentran vedados en el ámbito de la justicia cautelar en cuyo ambito nos encontramos. Resultando de todo lo expuesto que la pretensión de la parte apelante a detener favorable acogida

CUARTO De conformidad con el artículo 139. dos de la Ley Jurisdiccional no se realizará pronunciamiento respecto de las costas procesales de esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número tres de Málaga de 29 de marzo de 2001, en los autos 39/2011 y consecuentemente, declarar la suspensión de la ejecutividad de la resolución de la Gerencia de Área Sanitaria Norte de De Málaga de fecha 18 de diciembre 2010. Sin costas

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

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo Número tres de Málaga para su notificación y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, D^a María Teresa Gómez Pastor, Don Santiago Cruz Gómez y Don Eduardo Hinojosa Martínez.

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