

COVID-19. FUERZAS ARMADAS. Permisos. Denegación de la medida cautelar positiva interesada por una agente de policía, consistente en la concesión de un permiso retribuido. La necesidad de cuidar de los hijos menores durante el Estado de Alarma no supone la total exoneración de la prestación de servicios durante la vigencia de dicho Estado mediante la concesión de un permiso retribuido. Es necesario acreditar que no es posible aplicar otra medida de flexibilización laboral que permita a ambos progenitores alternarse en el cuidado de los hijos, conciliando con la prestación de sus respectivos servicios en la Policía. La adopción de medidas cautelares positivas es posible cuando se trata de denegación de solicitud de renovación de autorización previamente concedida, sin que conste que ninguno de los progenitores disfrutara previamente del

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife desestima la medida cautelar positiva interesada, consistente en permiso retribuido de funcionaria de Policía Local para atender hijos menores durante el Estado de Alarma.

A Favor: ADMINISTRACIÓN LOCAL.

En Contra: MIEMBROS DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD.

Texto

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 3

C/ Alcalde José Emilio García Gómez, nº 5

Edificio Barlovento

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 47 55 20/10 Fax.: 922 47 64 13

Email.: conten3.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado

Nº Procedimiento: 0000221/2020

No principal: Pieza de medidas cautelares -01

NIG: 3803845320200000916

Materia: Personal

Resolución: Auto 000073/2020

IUP: TC2020004147

AUTO DENEGATORIO DE MEDIDA CAUTELAR POSITIVA (PERMISO RETRIBUIDO DE FUNCIONARIA DE POLICÍA LOCAL PARA ATENDER HIJOS MENORES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA)

En la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, en la fecha de su firma electrónica VISTOS, en nombre de S.M. el Rey y en primera instancia, por D. Darío, Juez del Juzgado de lo Contencioso número Tres de esta ciudad, los presentes autos de la pieza de medidas cautelares.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La recurrente es Policía Local del Ayuntamiento de Los Realejos, está casada con un agente de la Policía Nacional y es madre de dos menores de edad de ... de edad.

Segundo.- Según refiere los turnos de servicio en la Policía Local son de 7:45 a 22:15 horas (diurno) y de 21.45 a 8.15 horas (nocturno) mientras que el de su marido es de 8 a 15 horas (diurno) y de 15 a 22 horas (Tarde).

Tercero.- La actora presenta en fecha 26 de marzo autorización para permanecer en su domicilio para el cuidado de sus hijos menores al considerarlo un deber inexcusable de carácter personal (se mejoró la solicitud al día siguiente), ya que (según refiere) no pueden hacerse cargo de los hijos terceras personal dada la situación de Estado de Alarma establecidas por RD 463/2020, de 14 de marzo. No consta que su marido haya pedido a su Administración la flexibilización de jornada laboral para conciliar junto a la actora el cuidado de los hijos comunes y la prestación de los servicios policiales. La actora no ha solicitado al Ayuntamiento flexibilización de la jornada de trabajo indicando el turno de trabajo que le permita conciliar la vida familiar y la laboral.

Cuarto.- Instada la controversia en sede judicial la actora solicita medida cautelar positiva para que se le permita disfrutar de un permiso retribuido durante la vigencia del Estado de Alarma a fin de cuidar a sus hijos menores de edad. De dicha petición cautelar se dio traslado a la Administración General del Estado. En el día de la fecha se presenta por la representación procesal del Ayuntamiento de los Realejos, escrito de contestación de la medida, con el resultado obrante en los autos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SOBRE LA COMPETENCIA DEL AYUNTAMIENTO DEMANDADO PARA AUTORIZAR A LA RECURRENTE AL DISFRUTE DEL PERMISO SOLICITADO

De conformidad con artículo 9.1 de la Ley Orgánica 4/1981, por la declaración del estado de alarma los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales «quedaran bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza». De ahí que mediante la Orden de INT/226/2020, de 25 de marzo de 2020, se establecen los criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. se ha considerado conveniente impartir criterios comunes de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en relación con el cumplimiento y el seguimiento de las actuaciones previstas en el citado real decreto, así como directrices para la coordinación con los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, conforme a las competencias que,

bajo la inmediata autoridad del Ministro del Interior, corresponden al Secretario de Estado de Seguridad en relación con el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las que, en virtud de la consideración de aquel como autoridad competente delegada, ejerce este Departamento en el ámbito de la declaración del estado de alarma en relación con las policías autonómicas y locales.

El apartado Primero punto 5 de la indica Orden INT/226/2020, de 25 de marzo es claro al indicar que: «En los términos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que el Gobierno de España declara el estado de alarma en todo el territorio nacional y de la presente Orden, los Directores Generales de la Policía y de la Guardia Civil, a como las Autoridades de las que dependan los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales estarán sujetos a las órdenes del Ministro del Interior y a las que, bajo su autoridad, emanen de las Autoridades y órganos directivos de este Departamento en sus respectivos ámbitos de competencia, y tomarán las oportunas disposiciones operativas y organizativas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones y la cobertura de los servicios que para los mismos deriven del cumplimiento del citado real decreto o de las órdenes que reciban de las Autoridades y órganos competentes en los términos previstos en el mismo y en la Ley Orgánica 4/1981.»

Precepto que ha de complementarse con lo previsto en el apartado Segundo punto 3 de dicha Orden: «3. De acuerdo con el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedaran bajolas órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.»

Por consiguiente y conforme a dichas disposiciones normativas durante la vigencia del Estado de Alarma los Alcaldes y/o Concejales de Policía están sujetos a las órdenes del Ministerio del Interior y sus autoridades y órganos directivos; quedando los Policías Locales bajo las órdenes del Ministerio del Interior en cuanto sea necesaria y con la posibilidad de que se les puedan imponer servicios extraordinarios. Mientras que el apartado Sexto punto 1.c) dispone:

«Asimismo, en línea con las atribuciones que el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, confiere a las Autoridades de la Administración General del Estado en relación con el mando de los Distintos Cuerpos policiales para el cumplimiento de las medidas previstas en dicha disposición, con independencia de la Administración a la que pertenezcan, en las Delegaciones del Gobierno y en aquellas subdelegaciones del Gobierno que se determinen, se constituirán Centros de Coordinación bajo la autoridad de los Delegados y Subdelegados del Gobierno, en su caso, integrados por representantes de los órganos periféricos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y los correspondientes

Cuerpos de Policía Autonómica y de Policía Local con implantación en los respectivos territorios.

Por lo tanto, el Alcalde no es órgano competente para disponer libremente que la actora pueda quedar exonerada de la prestación de servicios conforme al cuadrante organizativo que tiene asignado, sino conforme a las disposiciones fijada en la indicada Orden Ministerial y otras disposiciones concordantes y complementarias. Por el contrario, los criterios generales para atender a situaciones de necesaria e imprescindible conciliación familiar garantizando la prestación de los servicios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han de realizarse de forma coordinada.

SEGUNDO.- DOCTRINA SOBRE LA CONCESIÓN DE MEDIDA CAUTELAR DE CONTENIDO POSITIVO

Las medidas cautelares pueden adoptarse tanto respecto de actos como respecto de normas, bien que en cuanto a estas últimas operan determinadas especialidades procesales -artículos 129.2. y 134.2- y únicamente es posible la medida cautelar de suspensión.

La medida cautelar se funda en el pelicolón in mora (sic), esto es, en que el recurso contencioso pueda perder su finalidad legítima. Ahora bien, incluso concurriendo periculum in mora, la medida cautelar puede denegarse cuando de ella pueda seguirse perturbación grave para los intereses generales o de tercero -artículo 130.2 de la Ley 29/98 -.

Naturalmente, la medida cautelar debe adoptarse en resolución debidamente motivada -artículo 130.1 . y 2. de la Ley 29/98 - y puede ser adoptada cualquier medida cautelar, esto es, sin duda, también pueden adoptarse medidas cautelares de carácter positivo.

En efecto, la Ley 29/98, que en su Exposición de Motivos ya destacó la atención que prestaba a las medidas cautelares, amplió su tipología y concluyó el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, esto es, pasó a un sistema de numerus apertus y, en consecuencia, abrió así las puertas a las medidas cautelares de carácter positivo.

Positivas o no, las medidas cautelares pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, con la salvedad de las relativas a disposiciones generales; pueden modificarse por cambio de circunstancias; y, modificadas o no, las medidas cautelares adoptadas extienden su duración hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado o hasta que el procedimiento finalice por cualquier causa prevista en la Ley -artículo 132.1. de la Ley 29/98 -.

En ese sentido, el Tribunal Supremo, por todas, en la sentencia de 14 de octubre de 2005 ha señalado, primero, que la adopción de la medida cautelar exige ineludiblemente que el recurso pueda perder su finalidad legítima; segundo, que puede denegarse la medida cautelar aun pudiendo perderse la finalidad legítima del recurso, en concreto cuando se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero; y, tercero, que la adopción o no de la medida cautelar ha de ser mediante un juicio de ponderación y requiere una motivación acorde.

Con el punto de partida del carácter innominado de las medidas cautelares autorizadas por la Ley 29/98, cabe así que, como ya hemos visto, puedan adoptarse cualesquiera, positivas o no, siempre que sean proporcionalmente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia dictada.

En cuanto a los actos administrativos de contenido negativo, debe tenerse en cuenta, desde luego, que es cierto que la suspensión supone que por vía cautelar se procede al otorgamiento de lo pedido en vía administrativa. De ahí que tradicionalmente se haya denegado la solicitud de suspensión de la ejecutividad de actos administrativos de contenido negativo. Ahora bien, debe igualmente tenerse en cuenta que no es lo mismo la denegación de aquello que por primera vez se solicita que la denegación de la renovación de aquello que en su día ya se otorgó. La denegación de la solicitud de suspensión del acto negativo responde, en esencia, a mantener la situación anterior al acto impugnado.

Por consiguiente, respecto a los actos de contenido negativo, como respecto a los actos presuntos, la adopción de medidas cautelares positivas es posible cuando se trata de denegación de solicitud de renovación de autorización previamente concedida; y ello ha de ser así por cuanto que la suspensión de esa denegación, como la prórroga de la previa autorización o como la medida cautelar positiva de autorización provisional, en definitiva, no crean una situación jurídica nueva.

En lo que se refiere a la medida cautelar positiva de la obtención de un permiso entretanto se tramita el recurso contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de modo constante y reiterado viene sosteniendo la improcedencia de su otorgamiento en atención a la no suspensión de actos de naturaleza negativa.

Así en la Sentencia de dicha Sala de 20 de Septiembre del 2013 (ROJ: STSJICAN 3003/2013 Recurso: 129/2013 | Ponente: MARIA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO) tras manifestar que "En relación a esta materia esa Sala ya ha manifestado en el recurso contencioso administrativo seguido con el número 218/2009 y 206/2009 que "tratándose de un acto negativo el impugnado (denegación de la renovación de la autorización de residencia y trabajo), prevalece la regla general de la no concesión de la suspensión de actos negativos, en cuanto el otorgamiento de tal medida cautelar supondría tanto como conceder provisionalmente la autorización denegada -sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007 -, pronunciamiento que queda reservado a la resolución del fondo del recurso, al exceder del ámbito propio del incidente sobre adopción de medidas cautelares", concluye que "Por tanto, acceder a la suspensión de un acto de esta naturaleza supondría tanto como una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo, sustituyendo la actuación de la Administración, que es la competente para conceder o denegar la petición. En este sentido, es clara la doctrina del Tribunal Supremo (AA.TS. 17/11/88; 20/2/90; 1/10/90; 3/9/92; 13/7/94, entre otros), concretamente, en Auto de 12 de junio de 2000 , haciéndose eco de la doctrina del tribunal Constitucional (auto 19/3/90) señala: «...la suspensión de denegaciones de reconocimiento de derechos entraña algo más que una simple

suspensión, pues implica de hecho un otorgamiento, siquiera sea provisional..., con lo que la medida cautelar se transforma en una estimación anticipada, aunque no definitiva, de la pretensión de fondo».

La Ley 29/98 reconoce un genérico derecho a solicitar cualquier medida cautelar y no establece límites en cuanto al tipo de medida o en cuanto a los supuestos de hecho o a los efectos, con lo que la Ley 29/1998 contempla así un régimen de gran flexibilidad, articulado en un sistema general de medidas cautelares - artículos 129 a 134 -y dos supuestos especiales -artículos 135 y 136 -.

Por tanto, la Ley 29/98, como la Ley 1/00, no se ciñen a la suspensión y contemplan un sistema disperso, compuesto por una amplia galería de medidas cautelares -en ese sentido, por todas, sentencia de 10 de febrero de 2010, ROJ: STS 1223/2010 -.

Las medidas cautelares pueden adoptarse tanto respecto de actos como respecto de normas, bien que en cuanto a estas últimas operan determinadas especialidades procesales -artículos 129.2. y 134.2- y únicamente es posible la medida cautelar de suspensión.

La medida cautelar se funda en el periculum in mora, esto es, en que el recurso contencioso pueda perder su finalidad legítima. Ahora bien, incluso concurriendo periculum in mora, la medida cautelar puede denegarse cuando de ella pueda seguirse perturbación grave para los intereses generales o de tercero -artículo 130.2 de la Ley 29/98 -.

Naturalmente, la medida cautelar debe adoptarse en resolución debidamente motivada -artículo 130.1 . y 2. de la Ley 29/98 - y puede ser adoptada cualquier medida cautelar, esto es, sin duda, también pueden adoptarse medidas cautelares de carácter positivo.

TERCERO.- TRASLACIÓN DE LA ANTERIOR DOCTRINA AL CASO QUE AHORA NOS OCUPA

En el caso, se alega que los dos progenitores trabajan como policías y que no es posible que terceras personas cuiden en casa de los hijos menores. Por lo tanto se pretende en este recurso que se conceda un permiso del que previamente no disfrutaba ninguno de los progenitores; por lo que no cabe anticipar aquí el fondo del litigio concediendo lo que precisamente la actora considera denegado por la Administración demandada. De otra parte, la necesidad de cuidar de los hijos menores durante el Estado de Alarma (cuando ambos progenitores son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) no supone la total exoneración de la prestación de servicios durante la vigencia del Estado de Alarma mediante la concesión de un permiso retribuido; es necesario acreditar, además, que no es posible aplicar otras medidas de flexibilización laboral que permita a ambos progenitores alternarse en el cuidado de los días conciliando con la prestación de sus respectivos servicios en la Policía Local y policía Nacional. En este sentido la actora aportó documentación acreditativa de que su cónyuge presta servicios de 8:00 a 15:00 horas (la primera semana) y de 15:00 a 22:00 horas (la segunda semana) si que haya propuesto al Ayuntamiento de Los Realejos una adaptación de la jornada de trabajo que sea compatible con la de su marido a fin de que ambos hijos estén siempre bajo el cuidado de uno

de sus progenitores. En la ponderación del interés de la actora en que se le conceda autorización retribuida para no prestar servicios como policía local ha de prevalecer el interés de la Administración en que los servicios de la policía local quedan debidamente cubiertos durante el Estado de Alarma para atender el incremento de servicios que demanda tanto la Administración demandada como el Ministerio del Interior para el cumplimiento de la normativa del Estado de Alarma. La no concesión de esta medida no produce un perjuicio irreparable pues la actora y su cónyuge disponen de vías alternativas (como la conciliación laboral mediante la flexibilización de la jornada laboral) que no constan se hayan solicitado con carácter previo a la solicitud que ahora nos ocupa. Por lo tanto, no se acredita en la presente pieza que los menores hijos de la recurrente vayan a quedar desasistidos durante el Estado de Alarma por la incompatibilidad de los turnos de trabajo de sus progenitores (únicamente en tal caso primaría el interés superior del Menor y sería procedente acordar una medida como la interesada).

CUARTO.- COSTAS

En tanto en cuanto nos encontramos en sede de ponderación de intereses en liza no procede su imposición a ninguna de las partes, conforme al artículo 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

En atención a lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- NO SE ESTIMA LA MEDIDA CAUTELAR POSITIVA interesada por la representación procesal de la recurrente.

SEGUNDO.- SIN COSTAS

Así lo dispone, manda y firma S.S^a, doy fe

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado en el plazo de quince días.