

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA
COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

Pieza de Medidas Cautelares [PMC] nº: 2 /000423/2022-RO

N.I.G: 46250-33-3-2022-0001051

Ponente: D/D^a MARCOS MARCO ABATO

Demandante/Recurrente: XXX

Procurador/Letrado: CARLOS MOYA VALDEMORO /

**Demandado/Recurrido: DIRECCION GENERAL DE RECURSOS HUMANOS
CONSELLERIA DE SANITAT UNIVERSAL I SALUT PUBLICA**

Procurador/Letrado: /

A U T O N° 184/2022

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. ANA M^a PEREZ TORTOLA

Magistrados:

RICARDO FERNANDEZ CARBALLO-CALERO

MARCOS MARCO ABATO (P)

En VALENCIA, a diecisiete de mayo de dos mil veintidós

Dada cuenta; los precedentes escritos únanse, y

HECHOS

PRIMERO.- Doña XXX ha formulado recurso por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales frente a la resolución de 29 de abril de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de abril de 2022 del subdirector General de recursos humanos que le comunicaba la imposibilidad de modificación de la fase de oposición del concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología inicialmente fijada para el sábado 28 de mayo a las 12 horas.

SEGUNDO.- La recurrente en su escrito de interposición del recurso solicitó como medida cautelarísima la adopción de las medidas necesarias para que pudiera celebrar en horario no coincidente con el sábado religioso la primera prueba del concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología.

TERCERO.- Mediante providencia de esta sección de 9 de mayo de 2022 se acordó proceder a la tramitación ordinaria de la solicitud de medida cautelar dando traslado al ministerio fiscal

y la administración demandada a fin de que pudieran formular su informe de alegaciones en el plazo de tres días.

CUARTO.- El ministerio fiscal presentó escrito de 12 de mayo del presente, por el que interesa la desestimación de la medida cautelar solicitada. Por su parte, la administración demandada compareció efectuando las alegaciones que tuvo por conveniente e interesando resolución denegatoria de lo solicitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente se inscribió en la convocatoria de concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología convocadas por resolución de 14 de octubre de 2020 de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública.

Con la solicitud para participar en el procedimiento selectivo informó a la administración de su pertenencia a la Iglesia Adventista del Séptimo Día y solicitó que se efectuara un cambio de día del examen que estaba previsto para el sábado 28 de mayo a las 12 h, manifestándose dispuesto a realizarlo en cualquier otro día que no fuera sábado, o en ese día, una vez pasada la puesta de sol.

Se acompaña a la solicitud de medida cautelar la certificación de la confesión religiosa en el que se indica que la recurrente es miembro de la citada iglesia y que el sábado no puede efectuar actividad académica ni laboral, puesto que según los preceptos de su confesión es un día de culto y oración. Asimismo, se indica que el sábado religioso, para los adventistas al igual que para la confesión judía, comprende desde la puesta de sol del viernes a la del sábado. Una de sus consecuencias es que en el ámbito académico no asisten a clases, exámenes, prácticas, conferencias, congresos y otras actividades.

La resolución del subdirector general de recursos humanos de 4 de abril de 2022 rechazó la solicitud, por considerar que la participación en las pruebas se efectuaba en llamamiento único y su asistencia tenía carácter voluntario, por lo que la imposibilidad de asistir por motivos personales no supondría limitación de derecho alguno.

Por último, se indicaba el carácter aconfesional del Estado, de modo que la libertad religiosa no podía excusar la atención de sus obligaciones jurídicas, tal y como se demuestra al comprobar que, en ocasiones anteriores, habría realizado guardias localizadas en sábado, sin que constara objeción alguna a dicha prestación.

Contra este acto se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por la resolución recurrida al considerar entre otras circunstancias que el proceso selectivo se encaminaba hacia la selección de personal para atender el servicio sanitario cuya jornada ordinaria y complementaria se produce de lunes a domingo o de lunes a viernes y un sábado de cada tres.

Además, se señala que la realización de la actividad selectiva en sábado, en lugar de domingo, persigue garantizar el descanso de todos los profesionales. Finalmente, se indica que la recurrente habría realizado jornadas complementarias en sábado sin que constara por su parte objeción alguna.

La parte actora lo que solicita es que se acuerde como medida cautelar la suspensión de la efectividad de la resolución impugnada y que se requiera a la conselleria demandada para que adopte las medidas necesarias para que la recurrente pueda celebrar en horario no coincidente con el sábado religioso la primera prueba del concurso-oposición para la provisión de vacantes de facultativo especialista de oftalmología.

Por su parte, el ministerio fiscal interesó en su informe la desestimación de la medida cautelar solicitada, fundada en que la justificación de la medida solicitada no quedado suficientemente acreditada frente a los principios que rigen la convocatoria única.

La administración demandada solicitó en su escrito de alegaciones la denegación de la medida cautelar al considerar que el artículo 12.3 la ley 24/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España establece la posibilidad de establecer fechas alternativas para los fieles de las iglesias evangélicas a las que se refiere el número 1 del precepto “cuando no haya causa motivada que lo impida”. A tal efecto indica como cause impeditiva que lo solicitado podría vulnerar el derecho de terceros al acceso en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta que el reglamento de selección y provisión del personal estatutario del sistema valenciano de salud contempla como única excepción el caso de parto de una participante.

Así, subraya la necesidad de realizar el ejercicio en unidad de acto en garantía de la transparencia del proceso, quedando limitado el derecho a la libertad religiosa por el debido respeto a estos derechos de terceros. Señala la demandada, que el derecho a la libertad religiosa, según el tribunal constitucional, no puede determinar que la administración deba realizar la convocatoria en determinados días, ya que no obliga a otorgar prestaciones facilitadoras del cumplimiento de los preceptos de una confesión religiosa.

Por último, señala que el hecho de celebrar la prueba en sábado, en lugar del domingo u otro día, tiene la finalidad de garantizar el derecho al descanso de todos los profesionales en el único día de la semana, que no forma parte de la jornada ordinaria el personal sanitario.

SEGUNDO.- El artículo 130 de la ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción-contencioso-administrativa establece: *“Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, 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.*

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

El elemento básico para la adopción de la medida cautelar es conjurar el peligro de que por el transcurso del tiempo el recurso pueda perder su finalidad legítima, que no es otra que se logre

la efectividad de la tutela judicial. Esa noción se encuentra conectada con la idea de irreparabilidad es decir de la posibilidad de restituir el bien jurídico lesionado íntegramente.

Tal determinación pasa por llevar a cabo, tal y como establece el precepto, una “valoración circunstanciada de los intereses en conflicto”.

Por otra parte, jurisprudencialmente se ha vinculado tal ponderación a un análisis liminar por parte del órgano judicial del revestimiento jurídico de la demanda, lo que se ha denominado apariencia de buen derecho de la pretensión suscitada, ya que el daño derivado de la ejecutividad del acto administrativo será de más difícil reparación cuanto menor sea el deber jurídico de soportarlo; esto es, cuanto mayor sea la apariencia de buen derecho de lo interesado.

La sala tercera del Tribunal Supremo ha delimitado el alcance de la apreciación de la apariencia de buen derecho al ceñirla a supuestos determinados al no ser el incidente cautelar el trámite idóneo para resolver las cuestiones de fondo que atañen el procedimiento, jurisprudencia que se ha puesto de manifiesto, entre numerosas resoluciones, en el auto de esa sala del 30 de mayo de 2019 dictado en el recurso 140/2019, que en sus fundamentos de derecho recuerda:

“La jurisprudencia de este Tribunal ha aplicado de forma restrictiva la doctrina de la apariencia del buen derecho, como sustento de un medida cautelar, utilizándola solo para supuestos muy concretos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta ATS 14 de abril de 1997; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), negando su aplicación en los casos en los que deba analizarse, por primera vez, y ex novo , la conformidad a derecho del acto o disposición impugnada pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)”.

TERCERO.- Desde la perspectiva de los intereses en conflicto hay que tomar en consideración que de no adoptar la medida cautelar la recurrente se vería constreñida a optar entre la fidelidad a sus convicciones religiosas y la oportunidad de ingreso en la administración que le brinda el proceso selectivo.

Por otra parte, la administración demandada viene a alegar la abstracta consideración de que se podrían ver afectados derechos de terceros al estar convocados a la prueba varios centenares de participantes, de modo que, si se realizasen las pruebas en distintos días, se vería afectado seriamente su derecho al acceso a la función pública, garantizado por el artículo 23 de la constitución española.

Sin embargo, esta cuestión ha quedado resuelta por el legislador cuando en el artículo 12.3 de la ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España establece que “los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del período de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida”.

Estos fieles, entre los que se encuentra la solicitante, son los propios de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado.

Cabe apreciar la existencia de apariencia de buen derecho en la pretensión suscitada, a la vista de lo resuelto por la sentencia de la sala tercera del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2015, recaída en el recurso 1851/2014, que consideró que la denegación por la administración de la solicitud de la allí recurrente de ser examinada en un momento no comprendido entre la puesta de sol del viernes y la puesta de sol del sábado resultaba contraria al derecho fundamental a la libertad religiosa al no buscarse una alternativa para conciliar los derechos en conflicto.

En este mismo sentido se han pronunciado las sentencias del TSJ de Madrid número 134/2022, de 9 de febrero, y la número 96/2020, del 24 de enero, en el recurso 1297/2018 o las sentencias del TSJ de Castilla y León, número 1242/2020, del 30 de noviembre de 2020, recaída del recurso 979/2019 y la número 1019/2020, del 15 de octubre dictada en el recurso 980/2019.

La afirmación de que la recurrente habría prestado servicios el sábado durante sus guardias carece de relevancia, toda vez que la norma invocada viene referida en exclusiva a la celebración de exámenes, oposiciones o pruebas selectivas y no a la jornada laboral.

La recurrente no establece la medida concreta que se debe adoptar para garantizar la medida cautelar, pero ofrece que se aísle a la recurrente desde las 12 horas, hora prevista para la celebración del ejercicio, hasta un momento posterior a la puesta del sol del sábado de la convocatoria.

En congruencia con todo lo anterior, procede el acogimiento de la pretensión cautelar, suspendiendo la resolución recurrida y acordando que la prueba se celebre respecto de la recurrente en horario no coincidente con el sábado religioso, esto es, el día de la convocatoria, pero a partir de la puesta del sol del sábado, garantizando el aislamiento de la recurrente desde las 12 horas del día de la convocatoria o desde el momento de realización del examen para el resto de los participantes.

La aspirante se deberá presentar en el lugar de la prueba a la hora del llamamiento general, provista de su documento de identidad.

Una vez identificada, se mantendrá incomunicada en una sala hasta que, a la hora oficial de la puesta del sol, pueda comenzar la realización de su examen de igual contenido y duración que el resto de los aspirantes.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

LA SALA ACUERDA:

1. Acoger la medida cautelar solicitada suspendiendo la eficacia de la resolución de 29 de abril de 2022, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de abril de 2022.
2. Establecer que la prueba se celebre respecto de la recurrente en horario no coincidente con el sábado religioso esto es, el día de la convocatoria, pero a partir de la puesta del sol del sábado.
3. La aspirante se deberá presentar en el lugar de la prueba en el día y la hora del llamamiento general, provista de su documento de identidad. Una vez identificada, se mantendrá incomunicada en una sala hasta que, a la hora oficial de la puesta del sol, pueda comenzar la realización de su examen de igual contenido y duración que el resto de los aspirantes

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe recurso de REPOSICION ante la propia Sala, a interponerse en el plazo de cinco días desde su notificación.

Lo acuerdan, mandan y firman los Iltmos/as. Sres/as. Magistrados/as. anotados.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado y se pasa al Oficial para notificar. Doy fe.