

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES *Num.:* 1

***Recurso Num.:* REC.ORDINARIO(c/a) - 543/ 2017**

***Ponente Excmo. Sr. D. :* Ángel Ramón Arozamena Laso**

***Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca**

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
TERCERA**

AUTO

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Magistrados:

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En la Villa de Madrid, a catorce de septiembre de dos mil diecisiete.

HECHOS

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2017, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Generalitat de Catalunya interpuso ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017, por el que se adoptan nuevas medidas adicionales para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general y el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, que fue publicado por la Orden PRA/686/2017, de 21 de julio (B.O.E. de 22 de julio).

SEGUNDO.- En su escrito de interposición solicitó se adopte la medida cautelar de suspensión del Acuerdo impugnado, acordándose por esta Sala la incoación de pieza separada para su tramitación.

TERCERO.- Dado traslado, el Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones en fecha 8 de septiembre de 2017, en el que, tras realizar las alegaciones que estimó pertinentes, suplicó a la Sala tenga por impugnada la petición de suspensión realizada por la parte recurrente frente a la que se formula oposición, para resolver la pieza cautelar mediante auto que desestime dicha petición.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Ángel Ramón Arozamena Laso**,

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La solicitud de medida cautelar.

El Letrado de la Generalitat de Catalunya solicita que se adopte la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017, por el que se adoptan nuevas medidas adicionales para garantizar en la Comunidad

Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general y el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, que fue publicado por la Orden PRA/686/2017, de 21 de julio (B.O.E. de 22 de julio).

SEGUNDO.- El acuerdo impugnado.

El Acuerdo de 21 de julio de 2017 adopta medidas complementarias a las ya aprobadas por un anterior Acuerdo de 20 de noviembre de 2015, sobre medidas para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general, aprobado por Orden PRE/2454/2015, de 20 de noviembre (B.O.E. de 21 de noviembre).

El nuevo acuerdo, sin perjuicio de reproducir en su "Exposición" buena parte de los antecedentes, la motivación y las consideraciones que se hicieron en el acuerdo de 20 de noviembre de 2015 -y que fue consentido por la Generalitat de Catalunya- dice:

«(...) No obstante lo anterior, en las últimas semanas, se ha producido una sucesión de nuevos acontecimientos que ponen de manifiesto la necesidad de fortalecer el control de la información económico-financiera de la Comunidad Autónoma de Cataluña. El Acuerdo del Tribunal Constitucional de fecha 4 de abril de 2017, por el que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, acordó la suspensión de la vigencia de la disposición adicional 40, apartados uno y dos, de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, del Parlamento de Cataluña de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña para el ejercicio 2017, y diversas partidas presupuestarias, en la medida en que se destinen a dar cobertura financiera a los gastos de convocatoria del referéndum a que se refiere la citada disposición adicional. Dicho Acuerdo ha sido objeto de notificación personal a los cargos que se citan en el apartado cuarto del mismo, entre los que incluye al Interventor General de la Generalitat de Cataluña.

Posteriormente, con fecha 5 de julio ha recaído sentencia del Tribunal Constitucional por el que se decide declarar la inconstitucional y nulidad de la disposición adicional 40 de la Ley de Cataluña 4/2017, de 28 de marzo de Presupuestos de la Generalitat para 2017, con el alcance que se determina en su fundamento jurídico 12. Así mismo, declara que las partidas presupuestarias GO 01 D/227.0004/132, DD 01 D/227.004/132 y DD 01/22700157/132 del programa 132 son inconstitucionales en el caso de que se destinen a la financiación del proceso referendario al que se refiere la disposición adicional 40 de la citada Ley.

A este respecto, en la última certificación remitida el pasado jueves 13 de julio de 2017 por el Interventor General de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se certifica que a finales del mes de junio de 2017 se han reconocido obligaciones en el programa «132. Organización, gestión y seguimiento de procesos electorales» por importe de 19,37 miles de euros, y se han registrado autorizaciones y disposiciones de gasto por importe de 25,52 miles de euros (6,15 miles de euros adicionales sobre los datos del mes precedente).

En este sentido, el apartado IV.6 del programa del Fondo de Liquidez Autonómico aplicable para el ejercicio 2017, relativo al control reforzado, prevé la remisión adicional de determinada información, entre la que se encuentra el «Seguimiento particular, con el detalle que se establezca, del estado de ejecución del gasto público de la comunidad y sus entes dependientes, así como de determinadas líneas de gasto que, por razón de cuantía, evolución, naturaleza económica o finalidad, el MINHAFP determine que tienen que ser objeto de un seguimiento especial en el ámbito de una Comunidad concreta».

A la vista de las nuevas circunstancias señaladas, y atendiendo a la finalidad de las líneas de gasto aludidas, el pasado 18 de julio de 2017 se ha requerido a la Comunidad Autónoma de Cataluña la remisión de un informe específico de la Intervención General de la Comunidad pronunciándose sobre las actuaciones acometidas por dicha Intervención general o sus órganos dependientes en relación a los expedientes de gasto tramitados con cargo al programa «132. Organización, gestión y seguimiento de procesos electorales» de los presupuestos generales de la comunidad del ejercicio 2017, así como sobre el eventual incumplimiento de la resolución del Tribunal Constitucional anulando la vigencia de las partidas presupuestarias impugnadas así como los expedientes completos de gasto tramitados con cargo al programa «132. Organización, gestión y seguimiento de procesos electorales» de los presupuestos generales de la comunidad del ejercicio 2017.

A estos signos de riesgo se añaden las recientes manifestaciones de alguno de los representantes de sus instituciones declarando su voluntad de continuar con el procedimiento referendario, lo que ha puesto en nuevo riesgo la estabilidad y el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña y ha generado una nueva situación de incertidumbre económica en la misma que está perjudicando a ciudadanos y empresas y por tanto a la estabilidad financiera. Prueba de ello es la desconfianza que ello ha generado en los inversores en los últimos días, tal y como refleja su prima de riesgo y su imposibilidad de financiarse en los mercados.

En atención a la situación descrita, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, con el objetivo de seguir garantizando el normal funcionamiento de los servicios públicos fundamentales, en defensa del interés general, considerando la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2017, adopta nuevas medidas adicionales para la Comunidad Autónoma de Cataluña relativas al desarrollo y ejecución de los mecanismos adicionales de financiación, que se aplicarán además de las ya previstas en el Acuerdo adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 20 de noviembre de 2015 sobre medidas para garantizar en la comunidad autónoma de Cataluña la

prestación de los servicios públicos en defensa del interés general, que seguirá surtiendo plenos efectos, y que implica que a los certificados iniciales y mensuales mencionados en dicho Acuerdo se adiciona el nuevo certificado semanal previsto en este Acuerdo.

A estos efectos, cabe recordar que, como consecuencia de estar adherida al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, a través del compartimento Fondo de Liquidez Autonómico, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y en el artículo 22 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido el compromiso de cumplir lo dispuesto en cualquier disposición que desarrolle este mecanismo de financiación».

Y, en consecuencia, adopta las siguiente medidas:

«Información adicional a comunicar semanalmente

A. Certificado semanal. Semanalmente, y referido al mismo ámbito subjetivo que el certificado mensual recogido en el Acuerdo adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 20 de noviembre de 2015, sobre medidas para garantizar en la comunidad autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general, se exigirá la remisión de un certificado individual, a los siguientes responsables (...).

El interventor general de la Comunidad Autónoma de Cataluña remitirá todos los miércoles el certificado final al Ministerio de Hacienda y Función Pública por medios electrónicos, con firma electrónica y siguiendo los modelos, sistemas y canales facilitados por la Secretaría general de financiación autonómica y local. En este certificado se anexarán los certificados individuales anteriormente señalados indicando si se hubiese detectado alguna falsedad en los mismos. El certificado final se referirá a los datos acumulados relativos a la semana natural anterior. (...)

B. Verificación de cumplimiento. En caso de incumplimiento de la remisión de información solicitada o si del contenido de la misma se concluyera que se ha financiado directa o indirectamente el procedimiento refrendario, el Ministerio de Hacienda y Función Pública dará traslado de esta información a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos a los efectos de que la misma adopte las medidas procedentes que impidan la ejecución, continuación o reiteración en esta actividad y cuantas otras se consideren precisas con la finalidad de restablecer la actuación financiera de la Comunidad Autónoma a la legalidad incluyendo la posible suspensión de la financiación correspondiente.

Lo anterior no impedirá que la información recabada se traslade a las autoridades competentes a los efectos de la posible exigencia de la responsabilidad administrativa, contable y/o penal que, en su caso, pudiera corresponder a los responsables del uso de

fondos públicos, cualquiera que fuera su procedencia, por el uso de recursos públicos para financiar actividades relacionadas con la celebración de procedimientos relativos a consultas o referéndums ilegales. A estos efectos, se entenderá, al menos, por incumplimiento de las obligaciones previstas en este Acuerdo, el incumplimiento de los plazos establecidos, que no resulte correcto el contenido de la información, la falta de idoneidad de los datos requeridos o que no se cumpla con el modo de envío de la información previsto en el presente Acuerdo.

Vigencia de las medidas

Se mantendrá la aplicación de lo previsto en este Acuerdo hasta que desaparezca la situación de riesgo para el interés general en la Comunidad Autónoma de Cataluña o sea necesario para garantizar la prestación de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma, en los términos descritos en este Acuerdo. Esta circunstancia deberá ser apreciada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos».

Para el detalle del procedimiento de información y contenido completo de la misma nos remitimos al propio acuerdo.

TERCERO.- Los motivos de suspensión cautelar invocados.

La parte recurrente fundamenta su solicitud de suspensión cautelar del reseñado acuerdo en las tres razones que enuncia así: a) concurrencia de una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* en la pretensión de medida cautelar interesada; b) existencia de un *periculum in mora*; c) la ponderación de los intereses en conflicto. Y que desarrolla a continuación.

A) La invocación de apariencia de buen derecho.

La parte recurrente dedica la práctica totalidad de su argumentación y del propio escrito a la invocación de la apariencia de buen derecho y supone, adelantémoslo ya, un estudio detallado que anticipa y desarrolla los argumentos de fondo de la futura demanda pues se basa en la alegación de cuestiones pertenecientes al fondo del proceso, como son las siguientes:

a) El Acuerdo es una decisión que pretende realizar un control político sobre los gastos de la Generalidad y nada tiene que ver con la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2017, por lo que lo que se persigue es mermar la autonomía financiera de la Generalitat recurrente.

b) Las medidas adoptadas no tienen motivación ya que, a su juicio, la motivación expresada en las mismas, no es cierta luego son arbitrarias, conclusión a la que se llega valorando jurídicamente los documentos que se aportan sobre la partida controvertida (132) de los que infiere la recurrente que se trata de partidas para financiar mejoras informáticas y nada que tenga que ver con la financiación de la consulta popular ilegal o con la inconstitucionalidad decretada por la sentencia constitucional indicada.

c) Manifiesta desproporción de las medidas adoptadas porque existían otras alternativas como pedir la ejecución de la sentencia constitucional, deducir testimonio de particulares para exigir responsabilidades penales y desde luego no se puede suspender el Fondo de Liquidez Autonómico (FLA) salvo que concurra un motivo expresado en el Real Decreto-ley 17/2014 que, a juicio del recurrente, no es el caso, lo que permite formular una alegación de desviación de poder, debiendo haberse acudido en todo caso a las medidas coactivas de los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera a la que se remite el Real Decreto-ley 17/2014.

d) Nulidad de pleno derecho del Acuerdo impugnado por su falta de cobertura legal, y porque sustrae competencias al Tribunal Constitucional.

e) Vulneración del derecho de ser oído y aportar pruebas de descargo del artículo 53.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con cita también del artículo 105 de la Constitución, y del plazo fijado en el artículo 82.2 de la Ley 39/2015, señalando que el plazo dado de 48 horas no fue suficiente.

f) Vulneración de la autonomía financiera de la Generalitat al imponerse un control jerárquico genérico sobre todas las actuaciones con cargo a sus presupuestos que no está previsto legalmente.

Estas razones aparecen ampliamente desarrolladas por la recurrente en las páginas 12 a 36 de su escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, después de reseñar en las páginas 7 a 11 las medidas adoptadas en el Acuerdo (Otrosí tercero interesando la medida cautelar de suspensión).

B) La invocación de *periculum in mora*.

Por su parte, la existencia de *periculum in mora* se apoya en que la suspensión cautelar que se pide no causará ningún perjuicio a los intereses generales por las siguientes razones:

1) En primer lugar, el Ministerio de Hacienda conserva la posibilidad de ejercer las medidas coercitivas descritas en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera para hacer cumplir el plan de ajuste y garantizar así el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública.

2) En segundo lugar, el Ministerio de Hacienda también tiene a su disposición los mecanismos de control mensual previsto en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 20 de noviembre de 2015 para garantizar en la Comunidad Autónoma de Catalunya la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general. De hecho, este es el mecanismo que ha sido utilizado en los últimos meses por la Generalitat de Catalunya para informar sin ningún problema al Ministerio de Hacienda.

3) Y, en tercer lugar, el Gobierno puede instar lo que proceda ante el Tribunal Constitucional en relación con los gastos por importes de 19.366,68

euros y 6.154,66 euros -o cualquier otro- si considera que incumplen la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2017.

Alega que, por el contrario, la tardanza en la resolución del presente recurso contencioso administrativo sí haría perder su finalidad legítima, causándose evidentes perjuicios a la recurrente, que se vería obligada a cumplir con unas medidas adicionales carentes de toda motivación, arbitrarias, desproporcionadas, sin cobertura legal y contrarias a los principios de autonomía política y financiera.

C) La invocación de los intereses en conflicto.

Y, finalmente, alega que la ponderación de los intereses en conflicto que debe efectuar el órgano jurisdiccional ha de atender a las circunstancias particulares que concurran en cada situación y exige una motivación que sea conforme con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

En este caso, sostiene, frente a un ejercicio lícito por parte de la Generalitat de Catalunya de su autonomía financiera para ejercer sus competencias –a su juicio los gastos cuestionados por el Acuerdo recurrido no demuestran lo contrario-, no puede imponerse un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos que impone a la Generalitat de Catalunya todo un conjunto de medidas adicionales carentes de toda motivación, además de ser arbitrarias, desproporcionadas, sin cobertura legal y contrarias a los principios de autonomía política y financiera. Especialmente cuando el Ministerio de Hacienda y el Gobierno disponen de suficientes mecanismos para garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública o para instar ante el Tribunal Constitucional el cumplimiento de sus sentencias.

En definitiva, ponderando los intereses en conflicto, considera la Generalitat que debe prevalecer la decisión de adoptar la medida cautelar de suspensión solicitada.

CUARTO.- Los artículos 129 y 130 de la LJCA.

Comencemos recordando que, según el artículo 129, los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Además, conforme al artículo 130, 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; y 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.

Veamos a continuación los criterios de interpretación y aplicación de tales preceptos a la luz de la jurisprudencia.

QUINTO.- Los criterios para la adopción de las medidas cautelares.

Procede recordar, antes de abordar concretamente la fundamentación de la medida cautelar solicitada, que, conforme a una consolidada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, reseñada, entre otros muchos, en Auto de 6 de abril de 2017 - recurso núm. 202/2017-, la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE (*"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican"*).

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia

Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente puntos:

«a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: *"la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación"*. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 *"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" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: *"al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, 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"*. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia *"cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto"* (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los

incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar».

La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus boni iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728.

No obstante, y como también viene diciendo constantemente esta Sala, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (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), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que *"la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, 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, y muchas resoluciones posteriores, entre las más recientes, Auto de 29 de septiembre de 2016).

SEXTO.- El *periculum in mora*.

Pues bien, a la luz de esta doctrina -y al margen del orden seguido por la recurrente- debe examinarse en primer lugar el denominado *periculum in mora* y lo cierto es que no existe tal.

Como destaca el Abogado del Estado, la apelación indiscriminada al *periculum* viene huérfana de prueba alguna de sus consecuencias. En el Razonamiento Jurídico Tercero, apartado B, recogimos lo que dice la recurrente.

Como indica la jurisprudencia citada debe atenderse a dos parámetros, la irreparabilidad del perjuicio que ocasionaría la ejecución del Acuerdo y la imposibilidad de ejecutar la sentencia que, hipotéticamente, pudiera anular el acto impugnado.

Ninguna de ambas circunstancias se da en este caso. El perjuicio no es irreparable. De hecho, la recurrente no insiste ni prueba esta circunstancia. Lo que hace es argumentar sobre la neutralidad de la medida respecto de los intereses generales basada en que, a su juicio, existen otras alternativas, entre las mismas, las medidas coercitivas de los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera para hacer cumplir el plan de ajuste; el Acuerdo de 20 de noviembre de 2015 consentido y firme; o la apelación al Tribunal Constitucional.

No se puede compartir que una obligación adicional de información semanal que se suma a las ya existentes recogidas en el Acuerdo consentido y firme incida perjudicialmente en la Administración recurrente.

Y nada tienen que ver con el *periculum in mora* las alegaciones de fondo -esto es que las medidas del acuerdo carecen de motivación, son arbitrarias, desproporcionadas, sin cobertura legal y contrarias a los principios de autonomía política y financiera- que reiteran lo dicho al basar la alegación de *fumus boni iuris*.

Así, la recurrente parece fundamentar el *periculum in mora* exclusivamente en el propio *fumus boni iuris* y no en los parámetros propios de dicha causa o razón de suspensión.

No existe perjuicio irreparable ni de difícil reparación. No se alega ni se prueba la existencia de dicha circunstancia. Y, por lo demás, la vigencia de las medidas es condicional tal y como recoge el acuerdo antes transcrito.

Tampoco es inviable ejecutar la sentencia que se dicte en este proceso. Si se llegase a dictar sentencia anulatoria quedaría sin efecto la obligación adicional de información del apartado A) del Acuerdo, lo que se puede llevar a efecto sin riesgo alguno. Y no se alcanza a comprender que perjuicios irreparables pudiera causar, hasta la fecha de dictarse la hipotética sentencia, la obligación complementaria de información impuesta. No se olvide que obligación similar (mensual en lugar de semanal) ha sido pacíficamente cumplida sin, parece, quebranto alguno para la Generalitat.

Por consiguiente, si no resultan perjuicios irreparables ni de difícil reparación y se puede ejecutar la sentencia futurible sin problemas, no hay *periculum in mora*.

En definitiva, como no se alega ni se demuestra dicha causa y la escasa argumentación en este sentido de la recurrente, respecto a una causa que constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, poco tiene que ver con la misma, se rechaza la pretensión cautelar basada en dicha alegación.

SÉPTIMO.- Sobre la ponderación de los intereses en conflicto.

Siguiendo el orden lógico que antes hemos anunciado, debemos examinar este segundo parámetro y motivo de la justicia cautelar.

Como sostiene el Abogado del Estado, existe un manifiesto interés público vinculado a la ejecución del Acuerdo impugnado. Dicho interés fue manifestado expresamente en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de 20 de noviembre de 2015, no recurrido. Debe considerarse que el Acuerdo ahora recurrido se limita a la adopción de medidas adicionales con respecto de las decretadas en el primer Acuerdo citado.

El Acuerdo de 20 de noviembre de 2015 establece el mismo marco normativo que el ahora impugnado. Esencialmente, el artículo 9.3 de la CE, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y los Reales Decretos-Ley de desarrollo de la misma. Recuerda también la obligación de Cataluña de cumplir con el grupo normativo regulador del mecanismo de financiación a que se acogió voluntariamente.

Seguidamente, define el interés general perseguido referido a garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos fundamentales en defensa del interés general, precedido de una exposición razonada y precisa de las circunstancias que han exigido los mecanismos adicionales de financiación a los que se han acogido algunas Comunidades Autónomas, entre ellas Cataluña, y señala la razón -por otra parte pública y notoria-, concretada en los acontecimientos que han impactado negativamente en el interés general como han sido la calificación crediticia de los títulos de Comunidad Autónoma como “bonos basura” por contraposición a lo que ha sucedido en otras Comunidades Autónomas, empeorando así su calificación crediticia con la consecuencia de encarecer y restringir su acceso a los mercados inclusive para la financiación de su deuda a corto para la que no existe cobertura del Fondo de Financiación de las CCAA, señalando el Acuerdo como expresión concreta del motivo del interés general al que el mismo responde.

Frente a este preciso interés general a que sirve la medida adoptada por el Acuerdo impugnado, el recurrente apenas dedica un párrafo de su escrito (vid. antes Razonamiento Jurídico Tercero, apartado C) a ponderar los

intereses en conflicto en el que, realmente, no invoca ni hace ponderación alguna de intereses en conflicto.

En realidad lo que hace es dar por sentado que concurren vicios de nulidad del Acuerdo impugnado atinentes al fondo del debate y ya esgrimidas al invocar el *fumus boni iuris*, trayendo el principio de autonomía financiera y política olvidando que la Comunidad recurrente asumió el cumplimiento de las normas y actos de desarrollo del mecanismo de financiación al que voluntariamente se acogió, lo que supone que la disciplina de control presupuestario para verificar que los fondos públicos certificados por el Interventor General de Cataluña en julio de 2017 del programa 132 no se destinen a fines ajenos a la satisfacción de los servicios públicos a los que sirve el mecanismo de financiación.

Además, el Acuerdo impugnado adopta una medida adicional que se suma a las adoptadas por el Acuerdo precedente que ha sido consentido por la recurrente, de modo que no es razonable pensar que, ahora, esa medida cause perturbación del interés de la recurrente.

En definitiva, como terminábamos el Razonamiento anterior, la recurrente parece fundamentar la procedencia del interés de la Generalitat en esa ponderación equilibrada de intereses que exige la tutela cautelar, en el propio *fumus boni iuris*, y no en los elementos o parámetros propios de dicha causa de suspensión.

OCTAVO.- Sobre el *fumus boni iuris*.

Frente a las alegaciones de la recurrente sobre la apariencia de buen derecho (vid. Razonamiento Jurídico Tercero, apartado A), se alza el criterio jurisprudencial que de forma reiterada y constante viene siguiendo esta Sala, entre otros en los autos de 27 de noviembre de 2016 -recurso núm. 53/2006-, 29 de septiembre de 2016 -recurso núm. 4851/2016 y 5 de junio de 2012 -recurso núm. 327/2012-, que hace una aplicación muy matizada de la indicada doctrina, utilizándola en determinados supuestos, como los de nulidad de

pleno derecho, siempre que sea manifiesta, actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, pero en cambio niega su aplicación al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, 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.

Es evidente, conforme a lo que hemos dicho, que la argumentación de la recurrente y la invocación de la apariencia de buen derecho desborda lo que es propia de la tutela cautelar. No ofrece duda alguna a la Sala que los argumentos de la recurrente que antes quedaron enunciados -y que desarrolla ampliamente en su escrito- deben ser examinados, de reiterarse, al enjuiciar la demanda y examinar la cuestión de fondo, pero cuya consideración en este momento supondría prejuzgar la misma, sin que ninguno de los requisitos que se acaban de reseñar -nulidad de pleno derecho, manifiesto, criterio reiterado de la jurisprudencia al que la Administración opondrá una sentencia confirmatoria- aparezcan en modo alguno de forma clara y nítida, o, empleando los términos de la propia recurrente, no se aprecia de manera terminante, clara y ostensible.

Así, ni la falta de motivación del acuerdo, ni la supuesta alegada desproporción o arbitrariedad de las medidas complementarias adoptadas, ni su pretendida falta de cobertura legal, ni tampoco la supuesta sustracción de competencias al Tribunal Constitucional, ni las infracciones -derecho a ser oído y duración del plazo- del procedimiento de elaboración o la vulneración de la autonomía financiera de la Generalitat, se aprecian a primera vista de forma clara. Más bien lo contrario o, al menos, merecen un examen pormenorizado al

abordar la cuestión de fondo. Como dice la jurisprudencia antes expuesta, en la tutela cautelar no debe prejugarse el fondo del asunto, entrañando este incidente cautelar un juicio de cognición limitado.

Debe pues rechazarse esta tercera causa de suspensión invocada por la Generalitat de Catalunya y, en consecuencia, rechazar la medida cautelar interesada.

NOVENO.- Las costas.

No se considera procedente en este caso haber lugar a la imposición de costas (artículo 139 LJCA).

LA SALA ACUERDA: No ha lugar a adoptar la medida cautelar solicitada por el Letrado de de la Generalitat de Catalunya de que se acuerde la suspensión del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017, por el que se adoptan nuevas medidas adicionales para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general y el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, que fue publicado por la Orden PRA/686/2017, de 21 de julio. Sin costas.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

Luis María Díez-Picazo Giménez

Pedro José Yagüe Gil

Eduardo Espín Templado

José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat



Recurso Nº: 543/2017

Eduardo Calvo Rojas

María Isabel Perelló Domenech

José María del Riego Valledor

Ángel Ramón Arozamena Laso