



Roj: STSJ CAT 11317/2012
Id Cendoj: 08019330012012100946
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 94/2012
Nº de Resolución: 1119/2012
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: EMILIO RODRIGO ARAGONES BELTRAN
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Rollo de apelación nº 94/2012

Partes : FUNDACIO PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB C/ AJUNTAMENT DE TERRASSA

SENTENCIA Nº 1119

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

D. EMILIO ARAGONÉS BELTRÁN

MAGISTRADOS

D. RAMON GÓMIS MASQUE

D. JOSE LUIS GÓMEZ RUIZ

En la ciudad de Barcelona, a catorce de noviembre de dos mil doce

VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN PRIMERA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 94/2012 , interpuesto por FUNDACIO PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB , representado el Procurador D. ANTONIO Mª DE ANZIZU FUREST , contra el auto de 12 /03/ 2012 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de los de Barcelona, en la pieza separada de medida cautelar dimante del recurso jurisdiccional nº 637/2011 .

Habiendo comparecido como parte apelada AJUNTAMENT DE TERRASSA representado por el Procurador D.ª CARMEN RIBAS BUYO .

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO ARAGONÉS BELTRÁN, quien expresa el parecer de la SALA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La resolución apelada contiene la parte dispositiva del siguiente tenor:

"PARTE DISPOSITIVA.-DISPONGO DE GAR LA MEDIDA CAUTELAR solicitada por la representación procesal de la entidad FUNDACION PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB , sin imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido, por el Tribunal de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, personándose en tiempo y forma las partes apelante y apelada.

TERCERO. - Desarrollada la apelación y tras los oportunos tramites legales que prescribe la Ley Jurisdiccional en su respectivos articulos, en concordancia con los de la L.E.C., se señaló a efectos de votacion y fallo la fecha correspondiente .

CUARTO. - En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se impugna en la presente alzada por la FUNDACIÓ PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB el auto dictado en fecha 13 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Barcelona y su provincia, que, en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo ordinario número 637/2001, interpuesto por la Fundación apelante contra resolución del AYUNTAMIENTO DE TERRASSA que procede a liquidar la deuda que en concepto de canon de concesión del solar «Las Palmeres» se ha devengado, acuerda denegar la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO: Conviene precisar, ante todo, el contenido de la resolución objeto de impugnación en los autos principales y cuya suspensión se interesa. Reza así su parte dispositiva:

« *PRIMER.- Procedir a liquidar, a la Fundació Privada Esportiva Terrassa Futbol Club, el deute que en concepte de cànon de la concessió s'ha meritat, des del mes d'agost de 2010, en aplicació de la condició 4-bis del Plec de Condicions que regula la concessió demanial del solar anomenat "Les Palmeres", delimitat pels carrers Antoni Bros, Alexandre de Riquer, Jocs Olímpics i Voluntaris Olímpics, així com atorgar l'esmentada concessió per un període de 35 anys a favor de la Fundació Privada Esportiva Josep Vall (actualment, Fundació Privada Esportiva Terrassa Futbol Club), atorgada mitjançant acord de Ple de 25 d'octubre de 2001.*

SEGON.- Requerir la Fundació Privada Esportiva Terrassa Futbol Club per tal que realitzi el pagament de la quantitat de 371.025 # corresponent a les quotes del període comprès entre els mesos d'agost 2010 i octubre de 2011. Per al pagament d'aquesta quantitat els serà girat el corresponent rebut de liquidació.

TERCER.- Requerir la Fundació Privada Esportiva Terrassa Futbol Club per tal que, en compliment de la condició 4-bis del Plec de Condicions referit al resolutiu primer de la present resolució, a partir del mes de novembre del 2011, aquest inclòs, realitzi, per mesos avançats, el pagament mensual de 24.735 # en concepte de cànon de la concessió. Per al pagament d'aquesta quantitat els serà girat, mensualment, el corresponent rebut de liquidació.

QUART.- Advertir l'interessat que, en el supòsit d'incompliment del pagament, bé de la quantia continguda en el dispositiu segon en el termini conferit, bé de les liquidacions mensuals contingudes en el dispositiu tercer, també en el termini esmentat, s'iniciarà el procediment de constrenyiment segons allò que disposa el Reial Decret 939/2005, de 29 de juliol, que aprova el Reglament General de Recaptació, i es meritaren els corresponents recàrrecs del període executiu, els interessos de demora i, en el seu cas, les costes que es produeixin.

CINQUÉ.- Notificar la present resolució a l'interessat ».

En los antecedentes de la resolución se hace constar que en fecha 16 de julio de 2010, la Junta de Govern Local acordó modificar el pliego de cláusulas reguladoras de la concesión, añadiendo entre otras la cláusula 4 bis relativa al canon en cuestión. Se añade que contra tal acuerdo la Fundación apelante interpuso el recurso contencioso-administrativo nº 425/2010 tramitado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Barcelona, en que se interesó la suspensión cautelar, que fue denegada por auto de 27 de junio de 2011 , siendo plenamente ejecutivo aquel acuerdo, por lo que se liquida y exige el canon en los términos ya señalados.

Según se acredita en la documentación acompañada al escrito de apelación, contra el expresado auto del Juzgado número 2 se interpuso recurso de apelación, que se sigue ante la Sección 5.ª de esta Sala (rollo de apelación nº 514/2011), pendiente de señalamiento para votación y fallo de acuerdo con diligencia de ordenación de 14 de diciembre de 2011.

TERCERO: En lo esencial, el rechazo de la medida cautelar se basa por el auto apelado en las siguientes consideraciones, tras reseñarse los fundamentos doctrinales de aplicación:

« *A la vista de lo anteriormente expuesto, de conformidad con lo alegado por ambas partes, y dada la existencia de un acto anterior cuya suspensión fue denegada en fecha de 27 de Junio de 2011 por el Juzgado de igual clase y partido judicial nº 2 , siendo la resolución que se recurre el acuerdo de liquidación*

de determinadas deudas derivadas de la condición 4-bis del Pliego de Cláusulas de la concesión demanial del terreno denominado Les Palmeres de la que es titular la recurrente pudiendo existir una conexión con la anterior resolución. Tampoco resulta acreditado la pérdida de finalidad legítima del recurso en el caso de denegar la medida cautelar interesada, siendo adecuadamente cuantificables los daños y perjuicios ocasionados en el supuesto de que se accediera a la pretensión de la parte, la cual por otro lado no ha procedido a acreditar indiciariamente la irreparabilidad del perjuicio que pudiera ocasionarse ».

A juicio de la Sala, la existencia del acto anterior que se reseña y de la denegación de la medida cautelar respecto de él, «pudiendo existir una conexión» entre los dos, no resulta decisivo para nuestro actual enjuiciamiento. La oposición municipal al acuerdo municipal a la medida cautelar (folio 49 de las actuaciones de instancia) imputa mala fe en la interposición del presente recurso sin solicitar la acumulación al recurso seguido ante el Juzgado nº 2, como si se hubiera producido, o si se produce, tal acumulación, la resolución cautelar hubiera de haber sido la misma. No compartimos tal conclusión, porque, cualquiera que sea la conexión existente a efectos de acumulación -respecto de lo cual en nada hemos de pronunciarnos aquí-, se trata de dos actos administrativos distintos, modificándose en el primero las cláusulas de la concesión, y girándose una liquidación -sobre su carácter tributario tampoco prejuzgamos nada aquí- en el segundo.

Cierto que esta liquidación es consecuencia de aquel acuerdo, por lo que una eventual suspensión del acuerdo conllevaría automáticamente la falta de ejecutividad de la liquidación. Pero, en cambio, la no suspensión del acuerdo no resulta decisiva para enjuiciar la medida cautelar respecto de la liquidación practicada por importe de 371.025 # (apartado segundo de la resolución impugnada), con el consiguiente procedimiento de apremio en caso de impago, como queda advertido en el apartado cuarto de la misma resolución.

En consecuencia, el ámbito de la presente apelación habrá de quedar ceñido a la ejecutividad del citado apartado segundo de la resolución impugnada, que es el único extremo con contenido económico inmediato, debiendo examinar, como hace la Sala cotidianamente respecto de las liquidaciones tributarias de las que conoce, la concurrencia o no de los presupuestos legales para la medida cautelar. La liquidación tributaria -nos dice el art. 101.1 LGT 58/2003- es « *el acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria* ». Aquí, sea o no de naturaleza tributaria de liquidación de autos, el referido apartado segundo de la resolución impugnada es, igualmente, un acto resolutorio mediante el cual el Ayuntamiento apelado ha realizado las operaciones de cuantificación necesarias y ha determinado el importe de la deuda (vencida, exigible y ejecutiva) resultante de la modificación del pliego de condiciones de la concesión, objeto de otro pleito. Son dos actos diferentes, como ocurre igualmente en los actos catastrales o censales y las correspondientes liquidaciones por IBI o IAE respectivamente.

Por el contrario, los demás apartados de la resolución impugnada habrán de quedar fuera de nuestro actual enjuiciamiento cautelar, pues su primer apartado es mero antecedente, y los apartados cuarto y quinto son meras consecuencias, sin sustancia propia ejecutiva.

La misma solución, aunque más problemática, habrá de aplicarse respecto del apartado tercero, en el que se requiere a la Fundación recurrente para que, en cumplimiento de la misma condición del pliego de condiciones, realice a partir del mes de noviembre de 2011, incluido y por meses avanzados, el pago mensual de 24.735 # en concepto de canon de la concesión. Y ello porque, como se advierte en el mismo apartado, «para el pago de esta cantidad les será girado, mensualmente, el correspondiente recibo de liquidación», de manera que se trata de cantidades no liquidadas (y, por tanto, no vencidas, exigibles ni ejecutivas), respecto de las cuales habrá de estarse a la decisión cautelar que finalmente se adopte en el otro litigio o, en caso de ser liquidadas, a los recursos que pudieran interponerse frente a cada liquidación. Ciertamente, la solución no deja de ser insatisfactoria, como también lo es en la citada materia de actos catastrales o censales y liquidaciones por IBI o IAE, pero viene impuesta por la propia mecánica de devengo del canon aquí en cuestión.

CUARTO: Así delimitado el ámbito de la presente apelación, entendemos que habrá de ser de aplicación la actual jurisprudencia que, cotidianamente, tenemos en cuenta en materia tributaria. Pues bien, en relación con la suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias, la actual doctrina jurisprudencial, recogida por todas en la STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\ 484) sienta conclusiones generales aplicables a todas las suspensiones de actos de naturaleza tributaria, sean sancionadores o no, reiterando: **a)** Que el único régimen jurídico aplicable y al que debe someterse el tribunal al que le piden, como medida cautelar, la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, sancionador o no, es el contemplado en los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, analizando los específicos motivos invocados para justificar la suspensión

de la ejecutividad y valorando los intereses en conflicto; **b)** Que no cabe resolver la pretensión relativa a la suspensión desde criterios o parámetros abstractos, sino atendiendo a la presencia o no de un *periculum in mora* susceptible de justificar en el caso la adopción de la medida cautelar, de modo que, de no acordarse, se haría ineficaz un eventual y posterior fallo estimatorio de la pretensión principal; y **c)** Que es necesaria una concreta exposición o valoración de los perjuicios que la no suspensión de la ejecutoriedad del acto tributario ocasionaría al recurrente, explicando en su caso cómo afectaría a los recursos del solicitante, a la productividad, a sus relaciones laborales, mercantiles, comerciales e industriales o, en general, a su actividad. En suma, debe atenderse fundamentalmente a la frustración de la finalidad del recurso, justificando, siquiera indiciariamente o *prima facie*, los perjuicios cuya reparación presentara dificultades, lo que aquí no consta.

Pese a las extensas alegaciones de ambas partes sobre el fondo del asunto, las anteriores consideraciones son las únicas a tener en cuenta, pues las cuestiones de fondo han de resultar ajenas, en general y en el caso presente, a la pretensión cautelar. En efecto, del invocado *fumus boni iuris* no puede resultar en el caso la excepcional suspensión, o no, al venir limitada 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 (STS de 21 de febrero de 2005; recurso de casación núm. 352/2002), reiterando la jurisprudencia el carácter sumamente restrictivo de esta doctrina, pues para estimar su concurrencia la ilegalidad denunciada debe ser manifiesta y apreciarse a primera vista sin necesidad de análisis o exámenes más o menos detallados (STS de 13 de julio de 2005; recurso de casación núm. 2160/2002), de forma que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la adopción de la medida cautelar, pero que, en cualquier caso, su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar, al resolver el incidente sobre medidas cautelares, la cuestión de fondo (ATS 28 de abril de 2006 ; Pleno de la Sala, OPA ENDESA).

QUINTO: Como ha quedado señalado, el auto apelado sostiene que no resulta acreditada en el supuesto enjuiciado la pérdida de finalidad legítima del recurso en el caso de denegar la medida cautelar interesada, siendo adecuadamente cuantificables los daños y perjuicios ocasionados en el supuesto de que se accediera a la pretensión de la parte, la cual por otro lado no ha procedido a acreditar indiciariamente la irreparabilidad del perjuicio que pudiera ocasionarse.

Sin embargo, la posibilidad de cuantificar los daños y perjuicios no puede ser obstáculo para la medida cautelar, pues la pérdida de finalidad legítima del recurso no exige que los perjuicios no puedan cuantificarse. Lo que se exige es que puedan producirse « situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria » (art. 718.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de manera que no sólo la reparación imposible, sino también la difícil, entra dentro del peligro de mora procesal.

Por otra parte, como destacara la STC 238/1992, de 17 de diciembre de 1992, no cabe compartir el punto de vista de que tratándose de derechos patrimoniales no hay irreversibilidad ni reintegración difícil, pues la valoración económica *a posteriori* del perjuicio no puede conseguir, visto el derecho o bien afectado, hacer totalmente reversible su afectación inicial, esto es, restaurar plenamente la situación anterior al acto administrativo, pareciendo evidente que la reversibilidad plena o absoluta es, sencillamente, una ficción, pues, de no suspenderse el acto administrativo, el mero transcurso del tiempo podría conllevar un perjuicio en sí mismo irreparable.

Por fin, frente a la apreciación del auto apelado de falta de acreditación indiciaria del perjuicio que pudiera ocasionarse, entendemos que la documentación acompañada con la solicitud cautelar, en relación con la cuantía de la liquidación en cuestión, de más de 370.000 # y con el carácter de la recurrente de entidad sin ánimo de lucro, conlleva la existencia de un eventual perjuicio de, al menos, difícil reparación, derivado de la ejecución. Así resulta de la copia de la declaración del Impuesto sobre Sociedades y de la certificación relativa a la situación financiera de la recurrente, de lo cual derivan, indiciariamente, un fondo de maniobra negativo, dificultades de tesorería y un resultado anual muy alejado de la cuantía de la liquidación.

Frente a lo anterior, no resulta acreditada, ni menos aun justificada, ninguna perturbación grave de los intereses generales que exigiera la denegación de la medida cautelar ex art. 130.2 LJCA .

Ahora bien, la suspensión de la ejecutividad del ingreso en cuestión sí puede causar perjuicios « de cualquier naturaleza » a que se refiere el art. 133.1 LJCA, siendo la medida adecuada para evitar o paliar tales perjuicios la exigencia de presentación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, tal como dispone el mismo precepto legal (la llamada « contracautela »), pudiendo constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho (art. 133.2 LJCA). La exigencia de esta contracautela es obligada, pese



a que no se refieran a ella ni el escrito de apelación ni el de oposición a ella, por responder a la necesaria valoración y ponderación de los intereses en conflicto (art. 130 LJCA).

Por tanto, la suspensión habrá de quedar condicionada a la constitución de tal contracautela, en la forma que se concreta en la parte dispositiva de la presente sentencia.

SEXTO: Es obligada en consecuencia la estimación parcial, en los términos expuestos, del recurso de apelación, sin que, dado el sentido de la presente sentencia, proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el mismo.

F A L L A M O S: ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de apelación núm. 94/2012 interpuesto por la FUNDACIÓ

PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB contra el auto dictado en fecha 13 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Barcelona y su provincia, denegatorio de la medida cautelar interesada en el recurso contencioso-administrativo ordinario número 637/2001, interpuesto aquella contra resolución del AYUNTAMIENTO DE TERRASSA; y, con revocación del expresado auto, ACORDAMOS la suspensión de la ejecutividad del apartado segundo de dicha resolución (que reza así: « *Requerir la Fundació Privada Esportiva Terrassa Futbol Club per tal que realitzi el pagament de la quantitat de 371.025 # corresponent a les quotes del període comprès entre els mesos d'agost 2010 i octubre de 2011. Per al pagament d'aquesta quantitat els serà girat el corresponent rebut de liquidació* »), suspensión que quedará subordinada a la constitución de caución o garantía, en cualquiera de las formas admitidas en derecho, que cubra el principal indicado de 371.025 # y sus correspondientes intereses durante la sustanciación del litigio principal, debiendo el Juzgado conceder a la parte actora un plazo suficiente, no inferior a un mes, para la constitución y acreditación de la caución o garantía, y resolver sobre su suficiencia; desestimando las restantes pretensiones de la apelación y sin hacer especial condena en las costas causadas en ambas instancias

Notifíquese a las partes comparecidas en el presente rollo de apelación, con indicación de que contra la presente sentencia no cabe recurso alguno y líbrese certificación de la misma y remítase juntamente con los autos originales al Juzgado de procedencia, quien acusará el oportuno recibo

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

E

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe