

**Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 3 de Vitoria-Gasteiz, Auto 148/2017
de 15 Sep. 2017, Rec. 909/2017**

AUTO N° 148/2017

D. MANUEL CASTRO CALVO

En VITORIA - GASTEIZ, a quince de septiembre de dos mil diecisiete.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha de 15 de septiembre de 2017 el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Delegación del Gobierno en Álava, presentó recurso contencioso-administrativo frente a la actuación administrativa del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, consistente en la cesión del Centro Cívico Aldabe, dependiente del citado Ayuntamiento, para la realización de un acto de campaña electoral de promoción del referéndum convocado en Cataluña para el día 1 de octubre. Se añade que el acto está previsto para su celebración el día de la fecha a las 11:30 horas. En el mismo escrito, esta parte interesa la adopción de medida cautelarísima, consistente en la suspensión de los efectos de la actuación administrativa impugnada.

SEGUNDO.- Por medio de Decreto de fecha de hoy se ha acordado formar la presente pieza separada de medidas cautelares.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La pretensión cautelarísima solicitada por la Delegación del Gobierno en Álava, viene referida a la suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa impugnada.

Como se ha dicho, la solicitud presentada está referida a la decisión del Ayuntamiento de Vitoria de ceder el uso del Centro Cívico Aldabe, dependiente del citado Ayuntamiento, para la realización de un acto de campaña electoral de promoción del referéndum convocado en Cataluña, para la fecha que comúnmente se viene conociendo como el '1-O'.

No se desprende del escrito de solicitud de medida cautelarísima que la actuación impugnada haya cristalizado en una resolución administrativa. En este caso nos

hallaríamos ante una vía de hecho de las previstas en el artículo 25.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998).

El hecho de que el acto no se haya celebrado no supone un obstáculo para considerar la actuación como recurrible y por tanto, no es óbice tampoco para que quepa analizar la presente pretensión cautelar. Y es que en definitiva la actuación que se pretende suspender es la cesión de un local público del Ayuntamiento, con independencia de que el acto previsto no se haya materializado aún.

En el caso de que la cesión no se consumara mediante la celebración del acto previsto por otras razones distintas de las que pudieran derivar de esta vía judicial resultaría obvio que la resolución sobre la adopción de la medida cautelar carecería de efecto alguno, tanto si se resolviera en un sentido como en otro.

SEGUNDO.- Partiendo de la base de que la actuación administrativa, entendida como la cesión de un local público para una actuación, resulta incardinable en las actuaciones previstas en el art. 25 de la Ley reguladora de la Jurisdicción, siquiera sea como vía de hecho al no constar un acuerdo adoptado para dicha cesión, debemos analizar la petición cautelarísima que aquí se plantea, exponiendo la regulación legal aplicable.

Así el artículo 135.1 de la Ley 29/1998 (LA LEY 2689/1998), de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que:

"1. Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo".

TERCERO.- A la vista del precepto transcrito debemos atender a las circunstancias de especial urgencia para justificar la adopción de una medida cautelarísima, dado que la circunstancia que caracteriza este procedimiento es la posible adopción de la medida cautelar sin audiencia de la administración demandada.

La urgencia es evidente en este caso. Como se desprende del escrito presentado por el Abogado del Estado, la consumación de la actuación administrativa discutida viene referida al mismo día de hoy, a las 11:30 horas más concretamente, por lo que es imposible conceder audiencia al Ayuntamiento afectado; todo ello sin perjuicio de que, en caso de que se adopte la medida, se haya de proceder conforme a lo establecido en el artículo 135.1.a) de la Ley concluyendo con una nueva decisión sobre el alzamiento o confirmación de la medida.

CUARTO.- Analizada la existencia de urgencia pasaremos a analizar el fondo de la medida cautelar que se pide por la Subdelegación del Gobierno. Esta es la normativa de aplicación:

El artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998) dispone que:

"1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda".

A continuación, el artículo 130 de la misma Ley establece que:

"1. 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".

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 136 de la Ley establece que:

"1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido".

La justicia cautelar se integra así en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido a todos por el artículo 24.1 de la Constitución española (LA LEY 2500/1978) sentencias del Tribunal Constitucional 14/1992 (LA LEY 1872-TC/1992), 148/1993 (LA LEY 2223-TC/1993) y, sobre todo, 78/1996), estando caracterizado en la jurisdicción contenciosa por notas particulares, derivadas de su relación con el principio de presunción de validez y eficacia de los actos administrativos, sentado fundamentalmente por los artículos 38 (LA LEY 15010/2015) y 39 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y antes por los artículos 56 (LA LEY 3279/1992), 57.1 (LA

LEY 3279/1992) y 94 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LA LEY 3279/1992) y del Procedimiento Administrativo Común), en conexión con el principio de autotutela administrativa implícito en el mandato de eficacia administrativa enunciado por el artículo 103.1 del mismo texto constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984 (LA LEY 8565-JF/0000)).

En definitiva, debe atenderse al criterio de los perjuicios de difícil o imposible reparación futura para el recurrente derivados de la demora en resolver ("periculum in mora"), pues se trata de impedir la ineffectividad práctica final de una posible sentencia posterior eventualmente estimatoria del recurso judicial interpuesto (entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de abril de 2004, con cita de los autos del Tribunal Supremo de 22 de marzo y de 31 de octubre de 2000).

Ahora bien, tal criterio no debe identificarse automáticamente con la necesidad de suspensión cada vez que el acto administrativo que se impugna sea desfavorable a los intereses del recurrente, pues también previene el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional que la decisión sobre la medida cautelar se adoptará teniendo en cuenta y ponderando todos los intereses eventualmente en conflicto, tanto los intereses particulares del recurrente en eventual peligro por la demora como los intereses públicos o de terceros más dignos de protección que pudieran resultar gravemente perturbados de adoptarse la medida cautelar solicitada (entre otros, autos del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2000 y de 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001), pues, como no puede ser de otra manera, la Ley no olvida la necesidad de respetar los intereses públicos prevalentes (artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional).

Por ello, la decisión sobre una pretensión cautelar deberá adoptarse siempre previa valoración y ponderación circunstanciada de todos los intereses en juego (los intereses particulares y los intereses generales), así como en presencia de un tercer elemento o criterio de larga elaboración jurisprudencial (a partir del auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1990, caso Factortame; seguida bajo ciertos matices, y entre otras muchas, por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 26 de noviembre de 2001, de 19 de mayo de 2003 y de 12 y 18 de noviembre de 2003), consistente en la valoración de concurrencia o no en el caso concreto considerado de una apariencia de

buen derecho en la pretensión actora ("fumus boni iuris"), sin que en ningún caso proceda en este marco procesal prejuzgar definitivamente el fondo del asunto suscitado en cuanto a la posible existencia o no de vicios de invalidez jurídica de la actuación administrativa impugnada, lo que corresponderá efectuar en el momento procesal oportuno al resolver los autos principales de los que dimana esta pieza separada.

QUINTO.- El análisis de los requisitos expuestos antes lleva a este juzgador a las siguientes conclusiones:

Cabe la posibilidad de apreciar un perjuicio de difícil o imposible reparación que pudiera derivarse de la actuación administrativa impugnada y existe el riesgo de que la no adopción de la medida pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y es que efectivamente, si el acto de promoción del referéndum del '1-O' llegara a celebrarse, no habría forma alguna de deshacerlo.

Existe además un elemento que podríamos vincular no solo al perjuicio irreparable, sino también al fumus boni iuris, como requisito necesario para justificar la adopción de las medidas. Y es que efectivamente el Tribunal Constitucional ha dictado resolución con forma de providencia, de fecha 7 de septiembre de este año, en el marco del procedimiento "Recurso de Inconstitucionalidad núm. 4334/2017" mediante la cual se acuerda "Admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno y, en su representación y defensa, por el Abogado del Estado, contra Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación (LA LEY 14405/2017)."

Resultan relevantes, a los efectos que nos ocupan, las advertencias contenidas en dicha providencia en relación con la suspensión que se acuerda: "Conforme al artículo 87.1 LOTC (LA LEY 2383/1979), sin perjuicio de la obligación que dicho precepto impone a todos los poderes públicos de cumplir las resoluciones de este Tribunal, [...]"

Así mismo, se advierte a todos ellos del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. En particular, que se abstengan de iniciar, tramitar, informar o dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias acuerdo o actuación alguna que permita la preparación y/o la celebración del referéndum sobre la autodeterminación de Cataluña regulado en la ley objeto de la presente impugnación y de poner a disposición de la Sindicatura electoral de Cataluña o de las sindicaturas electorales de demarcación los medios materiales y personales necesarios para el ejercicio

de sus funciones con las advertencias de las eventuales consecuencias penales en caso de incumplimiento. [...]

Así mismo, se advierte a todos ellos del deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. En particular, que se abstengan de proceder al nombramiento de los miembros de las sindicaturas electorales de demarcación, de la creación de ningún registro y/o fichero necesarios para la celebración del referéndum de autodeterminación y de cualquier acto y/o actuación en aplicación del artículo 18 de la Ley 19/2017 (LA LEY 14405/2017), así como iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno en orden a la ejecución de las previsiones contenidas en la ley del referéndum, o que promuevan o tramiten norma alguna dirigida a tal fin, apercibiéndoles de la nulidad radical de tales actuaciones que realicen y de las eventuales responsabilidades incluida la penal, en las que pudiera incurrir en caso de desobediencia de dicho requerimiento."

Considero que puede incluirse dentro de estas prohibiciones derivadas de la suspensión acordada, la celebración de un acto, que como ya se ha hecho eco la prensa local en las últimas horas, tiene una intención clara de promoción de dicho referéndum, con la asistencia de Dña. Manuela, Diputada Autonómica de Cataluña, destacada en el escrito de solicitud.

Refuerza la apariencia de buen derecho del solicitante la jurisprudencia existente en relación con determinadas actuaciones de la Administración que no pueden considerarse como meramente políticas, (puesto que lo que aquí existe es la cesión de un local público), y que por tanto quiebra el principio de objetividad que ha de regir la actuación de la administración.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 23 de junio de 2014 se expresaba en estos términos:

"En el sentido expuesto, la Sala tiene dicho respecto de la autonomía local y el respecto al principio de objetividad lo siguiente: Con relación a la autonomía local debemos tener presente que la sentencia del Tribunal Constitucional de 170/89, de 19 Oct (LA LEY 127417-NS/0000)) . recuerda que los arts. 137 y 140 reconocen a la autonomía local y que esta supone el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el Gobierno y Administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose esta

participación en función de la relación entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias», matizando más adelante, «que más allá de este contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional.» En términos similares se expresan las Sentencias del Tribunal Constitucional n° 103, 129 y 130-2013, y 240-2006. La autonomía local se reconoce, por lo tanto, para la gestión de los propios intereses de la entidad local y en el marco de las atribuciones que la Ley de Bases de Régimen Local (LA LEY 847/1985) y leyes sectoriales determinen, y esto no ocurre cuando bajo tal pretexto se está actuando sobre materia ajena a la entidad local de que se trate. Es importante recordar el criterio que la Sala ha mantenido, y mantiene, en asuntos de corte muy similar a éste: Así, en los Recursos Ordinarios n° 1012-2002 y 2421-2003 decíamos que: "la autonomía local constitucional y legalmente consagrada, nunca es expresión de soberanía y sí alusiva a unos poderes limitados, y su clave se encuentra en definitiva en que, como señala la sentencia constitucional 84/1982, de 23 dic (LA LEY 120-TC/1983), lo es nada más para la gestión de los intereses respectivos artículo 137 CE. (LA LEY 2500/1978) La determinación de cuáles sean esos intereses locales es obra de la ley que atribuye competencias concretas dentro de un marco garantizado mínimo, mientras que dicha autonomía no se garantiza para incidir en otros intereses generales o particulares distintos de los propios de la Entidad local STC 4/1981, de 2 feb (LA LEY 7160-NS/0000), al caracterizarse la autonomía local como cualitativamente inferior a la autonomía política de que gozan, entre otros poderes, las Comunidades Autónomas".

Y en la Apelación n° 629-2103: "En el segundo motivo o apartado del recurso de apelación se alega error en la apreciación de vulneración del principio de neutralidad política dado que las entidades locales pueden hacer declaraciones o manifestaciones de carácter político, en el presente caso para demandar el cumplimiento de la legislación penitenciaria, como expresión del sentimiento popular. La sentencia recurrida no niega el derecho de los órganos de representación y gobierno de la entidad local o de sus miembros de expresar sus ideas u opiniones o de formular declaraciones de carácter reivindicativo, social o político. La actuación recurrida no ha tenido por objeto una manifestación o expresión de esa naturaleza, dentro del respeto a las leyes y al régimen de competencias de la Administración local, mejor dicho, sin injerencia en las competencias de otras Administraciones o poderes públicos. Lo que la sentencia de instancia ha examinado es

una actuación material marcada por su parcialidad ("uti singuli") y adhesión a una determinada opción ideológico-política, cosa bien distinta de una reivindicación o declaración favorable a la aplicación "uti universi" de determinadas medidas o beneficios legales. Pues bien, la sentencia de instancia aplica correctamente al caso el canon de valoración requerido por el propio objeto de la actuación recurrida y en congruencia con los motivos del recurso, y que se expresa en el deber de servir con objetividad los intereses generales (artículo 103-1 de la Constitución española) atendiendo al criterio de interpretación marcado en las sentencias que cita de esta Sala (idem, las anteriores citadas por la Abogacía del Estado) que en supuestos similares o idénticos han examinado el cumplimiento de aquella máxima en relación al principio de neutralidad política".

Podemos concluir que la defensa de un proyecto político supramunicipal, en este caso, la celebración de un referéndum de independencia en Cataluña, no entra dentro de las competencias que se atribuyen al municipio, como tampoco forman parte de las mismas la celebración de actos de promoción o campaña electoral a favor de la celebración del referéndum.

Las normas competenciales deben interpretarse en sentido favorable a la autonomía local pero en el caso que nos ocupa la cesión del local para el fin previsto excede de las competencias atribuidas al Ente local, al no corresponder a un Ayuntamiento en principio, la promoción de un referéndum a celebrarse en otra comunidad autónoma y menos aún al haberse suspendido la eficacia del mismo por el Tribunal Constitucional según lo expuesto.

Ponderando los intereses en conflicto, existe esa apariencia en contra de la legalidad de la cesión del local público, al chocar con las prohibiciones del Tribunal Constitucional, y en todo caso, siendo irreversible la situación generada en caso de celebrarse el acto, no lo sería la contraria, ya que si se alzara la medida, podría celebrarse un acto de las características del que se prevé. Tampoco se aprecia el beneficio para el interés general de la celebración de dicho acto, debiéndose recordar que un acto en apoyo del referéndum de independencia de Cataluña, puede aparentemente ser tachado de partidista, en el sentido de no representativo del conjunto de los ciudadanos de la ciudad de Vitoria - Gasteiz, por lo que la balanza se ha de inclinar hacia la adopción de la medida cautelar solicitada.

En resumen, existe apariencia de ilegalidad, la celebración del acto para el que se ha cedido un local público daría lugar a una situación irreversible, y tampoco parece que el acto a celebrar responda a un interés general o colectivo.

Como consecuencia de todo lo anterior, procede la adopción de la medida cautelarísima solicitada, en los términos que se dirá a continuación.

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda haber lugar a la adopción de la medida cautelar interesada por la Delegación del Gobierno en Alava; y en consecuencia se suspende cautelarmente la efectividad de la cesión del Centro Cívico Aldabe, dependiente del citado Ayuntamiento, para la realización de un acto de campaña electoral de promoción del referéndum convocado en Cataluña para el día 1 de octubre. Se añade que el acto está previsto para su celebración el día de la fecha a las 11:30 horas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 135 de la LJCA (LA LEY 2689/1998) se da traslado al Ayuntamiento de Vitoria - Gasteiz para que formule alegaciones en el plazo de 3 días sobre mantenimiento y levantamiento de la suspensión.

Requírase a la Administración demandada para que aporte el correspondiente expediente administrativo.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno, a tenor de lo dispuesto por el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional.

Lo acuerda y firma el MAGISTRADO, doy fe.

EL MAGISTRADO

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA