

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA**

**Recurso SALA TSJ 2083/2022 - Pieza separada suspensión 196/2022 FASE :
CR**

Parte actora: AJUNTAMENT DE MOLLET DEL VALLES.

Representante de la parte actora: [REDACTED]

Parte demandada: DEPARTAMENT D'EDUCACIÓ DE LA GENERALITAT DE
CATALUNYA

Representante de la parte demandada: ADVOCAT GENERALITAT

AUTO

ILMOS. SRES.:

Presidente:

[REDACTED]

Magistrados:

[REDACTED]

En Barcelona, a 28 de octubre de 2022

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso ordinario 196/2022 se sigue siendo parte demandante la arriba indicada contra el Departamento de Educación de la Generalidad de Cataluña en virtud del cual la actora impugna el rechazo del requerimiento formulado conforme al artículo 44 LJCA por el Ayuntamiento de Mollet del Vallés por el cual se interesa que en el plazo más breve posible se manifieste si se procederá a ejecutar las obras de reparación o reconstrucción de los edificios en situación de ruina o bien, alternativamente y mientras tanto, a la instalación de módulos provisionales para permitir el inicio del curso escolar dando cabida a 70 alumnos que, en este momento, no podían tener cabida en las actuales instalaciones de la Escuela de Educación especial Can Vila.

SEGUNDO.- Por la parte actora se ha solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en ordenar al Departamento de Educación la instalación de módulos prefabricados o solución equivalente y, en todo caso, provisional hasta que se resuelvan las actuaciones judiciales.

TERCERO.- Se dio traslado de la solicitud a la Administración demandada y se ha opuesto a la adopción de la medida cautelar interesada.

Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. [REDACTED] quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Criterios para la adopción de la medida cautelar.

La suspensión del acto administrativo sólo será procedente cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 130.1 de la LJCA, su no adopción pudiera hacer perder al recurso su finalidad, debiendo de acordarse previa valoración y ponderación de los intereses particulares implicados y los intereses públicos generales.

El derecho a su solicitud y adopción forma parte del principio de tutela judicial efectiva, como ha venido declarando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de tal forma que la adopción de medidas provisionales que tiendan a asegurar la resolución final del proceso no deben entenderse como una excepción, sino como una facultad que puede ejercitar el órgano judicial, consistiendo el criterio para acordarlas en la circunstancia de que la ejecución del acto o, en su caso, la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad legítima del recurso, de acuerdo al artículo 130 de la LJCA. El artículo 129 establece que los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, si bien para acceder a la suspensión de la ejecución del acto objeto de impugnación en vía jurisdiccional es necesario llevar a cabo un juicio ponderativo de todos los intereses en juego teniendo cuenta lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución Española: Los intereses generales que representa la Administración y los de particulares que se ven afectados por la actuación administrativa.

La naturaleza de la suspensión de la ejecución, reiterada por la jurisprudencia, es que es una decisión jurisdiccional que tiene como finalidad evitar que la sentencia que en su día recaiga no pueda ser cumplida, además de causar perjuicios inmediatos de imposible o difícil reparación. Para ello ha de realizarse un juicio de ponderación con el principio de eficacia de la actividad administrativa señalado, en relación con lo previsto en el artículo 38 (*“Ejecutividad. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”*), y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*“Efectos. 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”*).

Para valorar los intereses en conflicto se ha de tener en cuenta el riesgo de que por la larga duración del proceso se cause un perjuicio al interesado, y la apariencia de “buen derecho” en la pretensión del recurrente, los cuales han de ser valorados en base a los argumentos y oferta probatoria del propio solicitante.

SEGUNDO.- Necesidad de prueba o indicios suficientes.

La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en la 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, de forma que la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar al recurrente perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación. Asegurar la efectividad de la sentencia, el resultado del proceso o evitar perjuicios de imposible o difícil

reparación caso ejecutarse la resolución impugnada, exige la valoración de todos los intereses en conflicto, generales o de terceros, que han de valorarse para determinar la prevalencia del caso concreto, sobre la base de la dificultad de fijar reglas generales, pero sobre la premisa de que recae sobre el solicitante la carga de probar qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión. El órgano jurisdiccional sólo puede realizar un análisis meramente indiciario de los intereses enfrentados para decidir esa primacía determinante de cuál ha de ser la solución procedente sobre la medida cautelar, pero ha de ofertarse un mínimo de prueba de los perjuicios irreparables o de muy difícil reparación para apreciar la procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que aquí, como diremos seguidamente, no ha ocurrido.

TERCERO.- Argumentos de la entidad solicitante.

El Instituto catalán del suelo es el titular de la finca donde se emplaza la Escuela de Educación Especial Can Vila. Esta escuela depende de un organismo autónomo municipal. Desde el año 2000, con una capacidad de 80 alumnos, se han ido las aumentando exponencialmente las matrículas. El Departamento de Educación promovió en el año 2001 la construcción de edificios de tipo prefabricado en el espacio donde estaba la piscina. Estos edificios se encuentran actualmente en estado de ruina y dificulta atender a los alumnos; han llegado al final de su vida útil y necesitan ser reparados o reemplazados (se aporta documento 5 para acreditar tal extremo). La grave situación material que presentan los edificios afectados impide la utilización y por ello determinará que unos 70 alumnos de los 160 matriculados se queden sin escuela el próximo curso que comienza el 5 de septiembre.

La escolarización en centro de educación especial se regula en el artículo 18 del Decreto 150/2017 y depende en última instancia del Departamento de Educación. La Generalidad ostenta competencia conforme al artículo 131 del Estatuto en el sostenimiento con fondos públicos de la enseñanza y de los centros que se imparte. La ley 12/2009 de educación, artículo 164, señala que corresponde a la Generalidad la realización de obras, actuaciones de construcción, reforma, ampliación o adecuación y mejor de centro educativo y la financiación.

LBRL, artículo 25.2 n), limita la competencia municipal a la conservación, mantenimiento y vigilancia de edificios titularidad local que sean centros públicos de educación infantil, de educación primaria o educación especial.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de octubre de 2022, señala que la medida cautelar debería consistir en ordenar al Departamento de Educación el inicio de obras de reconstrucción o sustitución de los edificios en situación de ruina técnica y se procediese al abono del importe de 617.187,06 euros para compensar al Ayuntamiento por el gasto asumido indebidamente, y que comprometen las finanzas municipales, por obra civil y proyecto y alquiler mensual de centros.

CUARTO.- Argumentos de Administración demandada.

Señala que no concurren los requisitos para adoptar las medidas cautelares ya que conceder la medida cautelar supondría entrar en el fondo del asunto con el consiguiente perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Valoración de la solicitud.

1.- Fumus boni iuris

Tal y como se afirma en la Sentencia del TS 13 de febrero de 2012, recurso 2022/2011, aun cuando la LJCA no contempla ese principio del fumus boni iuris, debe aplicarse lo prevenido en la LEC artículo 728.

Sin embargo, la aplicación jurisprudencial de este principio, de apariencia de buen derecho, se realiza con suma cautela. De una parte, se ha advertido que la existencia de fumus boni iuris no justifica por sí sola la adopción de la medida cautelar; la adopción de la medida cautelar requiere que su presencia se vea acompañada del periculum in mora (la existencia de daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación acreditados por quien solicita la suspensión; así Auto TS 10 de julio de 2008, recurso 292/2008).

De otra parte, la doctrina jurisprudencial ha advertido sobre los riesgos que entraña una utilización indiscriminada de este principio, el más importante de los cuales es la formación en el órgano jurisdiccional de un perjuicio sobre 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 artículo 24 CE, cual es el derecho a un proceso con todas las garantías debidas. El incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito o fondo del asunto; sino, para salvaguardar la finalidad legítima del recurso (STS 29 de noviembre de 2012, recurso 5487/2011).

Por ello se debe hacer una aplicación muy matizada del principio fumus boni iuris para evitar pronunciarse sobre cuestiones que corresponde resolver en el pleito principal por lo que no se concederá la medida cautelar en el presente caso porque ello implicaría entrar a resolver sobre el fondo del asunto.

2.- El recurso no pierde su finalidad por el hecho de no acordarse la medida.

Ha de decirse, en último lugar, que el recurso no pierde su finalidad de no adoptarse las medidas invocadas por la parte demandante; ya que, la demandante siempre se puede ver compensada económicamente conforme al resultado de objeto del litigio en caso de estimación de la demanda.

Por las consideraciones expuestas, no ha lugar a la adopción de la medida cautelar solicitada.

SEXTO.- Costas.

No procede hacer imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido: no acordar la medida cautelar solicitada en el sentido de ordenar que se ejecuten las obras de reparación o reconstrucción de los edificios en situación de ruina o bien, alternativamente y mientras tanto, se instalen módulos provisionales para permitir el inicio del curso escolar dando cabida a la totalidad de los 70 alumnos de la Escuela de Educación especial Can Vila.

NO HA LUGAR a la adopción de la medida cautelar solicitada por la representación procesal del Ayuntamiento del Mollet del Vallés.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de reposición ante esta misma Sala en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación, expresando la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Si no se cumplieren los requisitos establecidos, se inadmitirá, mediante providencia no susceptible de recurso.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de reposición, deberá constituirse un depósito de **25 euros**, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en el [REDACTED] Cuenta expediente nº [REDACTED] debiendo indicar en el campo concepto, la indicación "recurso" seguida del Código: 20 "Contencioso-reposición". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria el importe se remitirá a la Cuenta número: **IBAN** [REDACTED] indicando en el "concepto" el nº de cuenta del expediente referido (16 dígitos) . Quedan exentos de su abono, en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de asistencia jurídica gratuita.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados que componen el Tribunal.
E/.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe