



Roj: **STS 1720/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1720**

Id Cendoj: **28079130032018100184**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **26/04/2018**

Nº de Recurso: **2453/2017**

Nº de Resolución: **693/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATSJ AND 316/2016,**  
**ATS 8050/2017,**  
**STS 1720/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 693/2018**

Fecha de sentencia: 26/04/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2453/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 2453/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 693/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 26 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 2453/2016, interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, representado por el procurador de los tribunales D. Rafael Campos Vázquez, bajo la dirección letrada de D. Alfonso Pérez Moreno, contra los autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fechas 29 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 ( aclarado por sendos autos de 21 de diciembre de 2016 ), dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 559.1/2016, a instancia del mismo recurrente, sobre prestación de fianza para la suspensión de la resolución del Consejo General de Defensa de la Competencia; ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía , representada por la Letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Consejo de Defensa de la Competencia, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que le impuso una sanción de multa por importe de 85.965,42 euros, solicitando en su escrito de interposición la suspensión cautelar de la sanción.

**SEGUNDO.-** La suspensión fue otorgada por auto de 29 de septiembre de 2016 , pero condicionándola a la prestación de fianza o aval por importe de la multa más un diez por ciento, en el plazo de treinta días.

Contra el referido auto la representación de Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla interpuso recurso de reposición impugnando la exigencia de caución, a lo que se opuso la Abogacía del Estado, que fue desestimado por auto de la Sala de instancia de 23 de noviembre de 2016 , aclarado por dos autos de fecha 21 de diciembre de 2016.

**TERCERO.-** El procurador de los tribunales D. Rafael Campos Vázquez, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, presentó con fecha 24 de noviembre de 2016 escrito de preparación del recurso de casación contra los autos de fechas 29 de septiembre y 23 de noviembre de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 559/2016 .

**CUARTO.-** Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 10 de abril de 2017, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo , la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 6 de junio de 2016.

**QUINTO.-** El Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 7 de junio de 2016, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA .

**SEXTO.-** La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha 20 de julio de 2017:

«1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal del Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla contra auto de fecha 29 de septiembre de 2016 , confirmado en reposición por auto de 23 de noviembre de 2016, dictados ambos por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Andalucía con sede en Sevilla (sección 3ª) en el recurso nº 559.1/2016 .

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si resulta extensible a los colegios profesionales oficiales encuadrados en la llamada "Administración corporativa" la doctrina jurisprudencial específicamente sentada sobre la inexistencia de prestación de fianza o aval por las Administraciones Públicas en caso de adopción por



el órgano judicial de medidas cautelares promovidas por aquellas, de suspensión de sanciones administrativas pecuniarias.

3º) Identificar como norma jurídica que en principio será objeto de interpretación el artículo 133.1º de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998.

4º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos».

**SÉPTIMO.-** Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 26 de julio de 2017 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 11 de octubre de 2017 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y de los pronunciamientos en el fundamento II de la siguiente forma:

«Se solicita que se anule el Auto que se impugna al exigir la constitución de aval por la totalidad de la sanción impuesta más un 10%, por infracción del art. 133 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y aplicar erróneamente doctrina del Tribunal Supremo sobre el necesario afianzamiento de la devolución de los fondos públicos percibidos por los beneficiarios de incentivos regionales que están en dificultades económicas, aclarando que para el caso de sanciones, y especialmente en el caso de Corporaciones de Derecho Público la doctrina en cuestión no es aplicable, debiendo estarse a las circunstancias concretas para decidir la necesidad de aval en cada caso, siendo clave la apariencia de buen derecho y la existencia de daño al interés general o de terceros»

Y acaba solicitando se dicte sentencia en la que estime este recurso de casación anulando dicho auto en los términos que acabamos de exponer en el último apartado de este recurso.

**OCTAVO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 23 de octubre de 2017, se concedió el plazo de treinta días al Letrado de la Junta de Andalucía, parte recurrida, dándole traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudiera oponerse al recurso, trámite que evacuó mediante su escrito de oposición al recurso presentado en fecha 14 de febrero de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, lo desestime confirmando el auto de medidas cautelares impugnado, con costas.

**NOVENO.-** Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para votación y fallo el siguiente día 17 de abril de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la decisión de la Sala de instancia.**

La corporación ahora recurrente en casación, Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, impugnó ante la Sala de lo contencioso-administrativo -Sección Tercera- del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, una resolución de fecha 25 de julio de 2016, del Consejo de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que le impuso una sanción de multa por importe de 85.965,42 euros; pidiendo al Tribunal *a quo* la suspensión cautelar de dicha sanción.

Admitido el recurso a trámite con el núm. 559.1/2016, y abierta y sustanciada la correspondiente pieza separada de medidas cautelares, la Sala acordó mediante auto de fecha 29 de septiembre de 2016 la adopción de la medida cautelar solicitada, aunque condicionándola a la prestación de fianza o aval por importe de la multa más un diez por ciento, en el plazo de treinta días.

Contra este auto interpuso recurso de reposición la corporación actora, insistiendo en que por su difícil situación económico-financiera no le era posible conseguir el afianzamiento requerido por la Sala, por lo que pedía que se le concediera la suspensión sin necesidad de aval. Invocó asimismo su condición de corporación de Derecho Público que, decía, tiene asignadas funciones públicas de gran trascendencia social, reclamando que se tuviera en cuenta este dato a la hora de determinar la necesidad de la fianza. Apuntó, en este sentido, que la estructura colegial no va a desaparecer ni cabe pensar que deje de cumplir sus obligaciones, entre



otras razones porque como corporación de Derecho Público no podría en ningún caso presentar concurso de acreedores.

La Sala de instancia desestimó el recurso de reposición mediante auto de 23 de noviembre de 2016, que, con remisión a lo dicho en un auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 (que se cita y transcribe en parte), razona que es precisamente esa difícil situación económica alegada por la recurrente la que determina la pertinencia del aseguramiento; añadiendo la Sala que no se ha acreditado la imposibilidad de conseguir el afianzamiento. A continuación dicta sendos autos de aclaración de fecha 21 de diciembre de 2016, que en nada afectan al presente recurso de casación.

### **SEGUNDO.- El recurso de casación.**

Contra ambos autos de 29 de septiembre y de 23 de noviembre de 2016 preparó recurso de casación el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla.

Denuncia el colegio oficial recurrente la infracción del artículo 133.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA), en relación con el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Alega que se trata de una corporación de Derecho Público que existe desde 1931 y que tiene patrimonio suficiente para responder de una eventual sentencia desestimatoria, sin que quepa aplicar el referido precepto y la jurisprudencia que lo ha interpretado de manera contraria al mismo. Dicho esto, aduce que por la difícil situación económica coyuntural que atraviesa (derivada de la situación del sector de la construcción) y la paralela situación del mercado financiero, las entidades bancarias con las que ha contactado a fin de procurar el aval requerido han condicionado el aval a unas condiciones que le son imposibles de asumir. Afirma, en este sentido, que le exigen para la concesión del aval la pignoración del mismo importe en un depósito contratado con la entidad que garantice el cumplimiento, lo que de hecho implica que prestar fianza es equivalente al pago de la cantidad a que asciende la sanción; cuando lo cierto es que disponer de esa cuantía supondría un quebranto financiero que haría imposible hacer frente a los gastos corrientes.

Apunta además (en línea de continuidad con lo que adujo en el recurso de reposición) que es una corporación de Derecho Público que no puede quebrar por definición (no puede -dice- entrar en concurso), aduce que el auto del Tribunal Supremo mencionado por la Sala de instancia en la resolución aquí impugnada se refiere a un caso distinto al presente, e invoca, en sentido contrario, dos autos de otra Sección de la misma Sala de instancia que acordaron la suspensión cautelar de sanciones impuestas por la Autoridad de Competencia a este mismo colegio profesional, relevando expresamente de la prestación de fianza en atención a las funciones relevantes de trascendencia social que estas corporaciones cumplen, por la dificultad de obtenerla y por el arraigo histórico y social de dichas corporaciones.

### **TERCERO.- El auto de admisión y el interés casacional de este recurso.**

El Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla invoca el interés casacional objetivo de su impugnación, señalando, en primer lugar, que concurre el supuesto contemplado en el artículo 88.2.a) de la LJCA, por cuanto que el auto de instancia dice apoyarse en un auto del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2016 pero realmente se aparta de él, y en todo caso el auto aquí impugnado contraviene la doctrina expuesta por la Sección Primera del mismo Tribunal de instancia en dos autos precedentes, de fechas 17 de diciembre de 2012 (recurso núm. 243.1/2012) y 18 de julio de 2015 (recurso núm. 251.1/2015), que en relación precisamente a dos sanciones impuestas al mismo colegio de arquitectos acordaron su suspensión cautelar, en atención al carácter que tienen los colegios profesionales como corporaciones de Derecho Público que, en efecto, tienen asignadas funciones de trascendencia social.

Aduce a continuación que concurre también el supuesto de interés casacional del artículo 88.2.b) de la LJCA, por cuanto que el auto impugnado sienta una doctrina interpretativa del artículo 133.1 de la LJCA gravemente dañosa para los intereses generales que representan los colegios profesionales como corporaciones de Derecho Público.

Alega, en fin, que asimismo concurre el supuesto de interés casacional del artículo 88.2.c) de la LJCA, toda vez que el asunto planteado trasciende del caso litigioso porque afecta a todas las sanciones impuestas a los colegios profesionales.

Pues bien, la Sección Primera de esta Sala considera que, en efecto, se ha suscitado en el presente recurso de casación una cuestión dotada de interés casacional suficiente para dar lugar a su admisión; concretamente la consistente en determinar si los colegios profesionales que se encuadran en la tradicionalmente llamada "Administración corporativa", por su peculiar naturaleza jurídica, como corporaciones que cumplen funciones públicas, y en atención precisamente a esas funciones públicas que asumen, pueden tener, en sede de adopción de medidas cautelares, un tratamiento jurídico distinto del habitualmente dado a los sujetos privados y asimilable al que reciben las Administraciones Públicas, cuya solvencia se presume (según expresión



habitualmente empleada por la jurisprudencia), en el sentido de que se les pueda dispensar o liberar de la prestación de avales o fianzamientos a la hora de obtener la suspensión cautelar de las sanciones pecuniarias, precisamente en atención a su posición institucional y a las peculiaridades que presentan en su régimen jurídico.

Hay que tener en cuenta, en este sentido, que nuestro Ordenamiento Jurídico contempla respecto de algunas Administraciones Públicas una regla expresa de exención de avales o garantías. Tal es el caso de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que dispone en su artículo 12 que «el Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes»; y la disposición adicional cuarta de la misma Ley establece que la regla contenida en el artículo 12 será de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas.

Se trata, en definitiva, de valorar si esa exención de prestación de garantías puede predicarse asimismo del Colegio Oficial recurrente a la vista de su caracterización jurídica como corporación sectorial integrada en la llamada Administración corporativa, que como tal cumple funciones públicas.

La cuestión así planteada presenta una potencial afección a numerosas situaciones litigiosas similares a esta que ahora nos ocupa, en las que podrían estar involucrados entes corporativos de la misma naturaleza. Del mismo modo, puede aceptarse que la decisión sobre esta cuestión afecta a los intereses generales en términos que justifican la admisión del recurso. Concurren, pues, los supuestos de interés casacional objetivo de los apartados b) y c) del artículo 88.2 LJCA .

Por añadidura, concurre también el supuesto de interés casacional del apartado a) del mismo precepto, visto que dos autos precedentes de otra Sección del mismo Tribunal de instancia se han pronunciado en un sentido que parece contradictorio con la resolución aquí impugnada, y coincidente con el reclamado por la parte recurrente en casación.

Y, finalmente, declara que *«la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si resulta extensible a los colegios profesionales oficiales encuadrados en la llamada "Administración corporativa" la doctrina jurisprudencial específicamente sentada sobre la inexigibilidad de prestación de fianza o aval por las Administraciones Públicas en caso de adopción por el órgano judicial de medidas cautelares promovidas por aquellas, de suspensión de sanciones administrativas pecuniarias»*.

#### **CUARTO.- Los escritos de interposición del recurso de casación y de oposición al mismo.**

**A)** Alega el Colegio recurrente, en síntesis, y después de exponer los antecedentes de este asunto, que se infringe el artículo 133.1 de la LJCA .

Reitera, en buena medida, las alegaciones de su escrito de preparación anterior.

Se trata, dice, de una sanción completamente infundada. A pesar de acreditar los importantes problemas económicos en que se encuentra el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, se le exigió un aval por la totalidad de la sanción, más un 10%, es decir 94.561,96 euros, y que los Bancos no le otorgan el aval si no se pignora la cantidad total a avalar.

Sostiene que con la exigencia de prestación de fianza se genera un daño irreparable, equivalente al pago de la sanción para el Colegio. En la situación económica que se encuentran el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, cuyo saldo medio en tesorería no llega a la cantidad que se exigiría pignorar para poder avalar esta importante sanción, resulta evidente la imposibilidad de obtener la suspensión cautelar acordada.

La sanción impuesta no forma parte además de los ingresos presupuestados para la Junta de Andalucía, por lo que no hay daño económico posible para la hacienda pública. Además, la corporación de Derecho Público no podría en ningún caso presentar concurso de acreedores, y su liquidación está en manos de la propia Junta de Andalucía, con lo que el peligro de impago no existe, sin necesidad de aval alguno.

Erróneamente, dice, se pretende aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando como ejemplo el auto de 13 de abril de 2016 , pero sin reparar en que dicho auto se refiere expresamente al caso de que haya que devolver fondos públicos percibidos por los beneficiarios, cuando éstos estén en dificultades económicas. En nuestro caso se trata de una sanción por un supuesto incumplimiento de una terminación convencional adoptada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, siendo preocupante, a su juicio, que el Tribunal Superior de Justicia interprete que la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo para reintegro de fondos públicos es igualmente extensible al caso de sanciones. En esto radica el interés de que el Tribunal



Supremo fije adecuadamente su doctrina para estos casos, para evitar que se siga extendiendo la aplicación de una inadecuada aplicación de su doctrina.

Y concluye solicitando que se anule el auto que se impugna, al exigir la constitución de aval por la totalidad de la sanción impuesta, más un 10%, por infracción del artículo 133 de la LJCA y aplicar erróneamente la doctrina del Tribunal Supremo sobre el necesario afianzamiento de la devolución de los fondos públicos percibidos por los beneficiarios de incentivos regionales que están en dificultades económicas, aclarando que para el caso de sanciones, y especialmente en el caso de corporaciones de Derecho Público la doctrina en cuestión no es aplicable, debiendo estarse a las circunstancias concretas para decidir la necesidad de aval en cada caso, siendo clave la apariencia de buen derecho y la existencia de daño al interés general o de terceros.

**B)** Por su parte, la Junta de Andalucía, al oponerse al recurso de casación, entiende que el auto recurrido hace una ponderación efectiva y razonable entre los intereses públicos, que consisten en el aseguramiento del abono de la multa y los intereses del Colegio de Arquitectos de Sevilla, motivando adecuadamente la denegación de la suspensión sin aval. Y, a continuación, propone la inadmisión del recurso de casación al basarse en la valoración de la prueba practicada en el incidente de medidas cautelares. En definitiva, entiende que se trata de una cuestión de hecho excluida del recurso de casación -ex artículos 87 bis y 93.3 de la LJCA -.

En todo caso, de no prosperar la inadmisión del recurso, propone su desestimación, ya que lo que pretende el Colegio recurrente es que por la sola razón de su condición de corporación de Derecho Público se invierte la regla de la ejecutividad del acto administrativo impugnado.

Y sostiene que la Sala ha interpretado correctamente el artículo 133.1 de la LJCA , insistiendo en que la adecuada protección de los intereses públicos requiere la prestación de caución, con invocación de la sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2012 -recurso de casación núm. 2653/2011 -. Concluye que no nos hallamos ante ejercicio de funciones públicas que merezcan una especial consideración que permita invertir la carga de la prueba.

#### **QUINTO.- La posición de la Sala sobre la cuestión controvertida.**

**A)** Recordemos, con carácter general, la doctrina que viene sentando esta Sala en materia de medidas cautelares (por todas, sentencia de 9 de diciembre de 2014 -recurso de casación núm. 989/2013 -):

«TERCERO.- Como es sabido, las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998 se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora* . En el artículo 130.1, inciso segundo , se señala que "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 exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el art. 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero". El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. En la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 2008 (RC 5610/2006)se sintetizan los criterios de esta Sala Tercera en materia cautelar, destacando dos aspectos: En primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, la exigencia, al mismo tiempo, de una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998. Decíamos en aquella ocasión que la exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

"a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada".



Como esta Sala ha declarado en sentencia de 18 de noviembre de 2003 "la finalidad legítima del recurso es no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la *necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad*."

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto -10 de noviembre de 2003 (recurso de casación nº 5648/2000)-, destacando que « 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" » .

**B)** El artículo 133.1 de la LJCA invocado dispone:

«Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos».

**C)** Sobre la prestación de garantía por las Administraciones Públicas cabe decir que las medidas cautelares son solicitadas normalmente por los destinatarios de un acto administrativo, cuya legalidad cuestionan en la vía contencioso administrativa. Ahora bien, si ésta es la secuencia mas común en el orden contencioso administrativo, sucede también que las Administraciones Públicas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares, cuando impugnan un acto de otra Administración Pública, y, a su vez, la medida cautelar puede estar sujeta a caución o garantía. En este caso se plantea la cuestión de si las Administraciones Públicas están o no exentas de prestar caución, fianza o aval.

**D)** La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que esta exención de prestar garantía o caución ha de establecerse por ley.

Según determina la STC 99/1989, de 5 de junio de 1989, dictada en el recurso de amparo 1262/1987 :

«5. La exoneración de las cargas procesales a favor de Estado o de Organismos públicos estatales requiriere, conforme a lo declarado en la STC 64/1988 , un precepto legal que expresamente lo establezca (...).».

**E)** En relación con el Estado, el artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas , dispone:

«El Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades publicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales, estarán exentos de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes».

Esta exención resulta también de aplicación a las Comunidades Autónomas, conforme a la disposición adicional cuarta. 2 de la expresada Ley 52/1997 que dice «Las reglas contenidas en dichos artículos -entre otros el artículo 12- serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas».

En el ámbito municipal, el artículo 173.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, establece:

«Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la hacienda local ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las entidades locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público».

El origen de este privilegio, que se encuentra en la solvencia general de la Administración Pública, pudiera no resultar de aplicación cuando concurren determinadas circunstancias que revelen que la finalidad prioritaria de la constitución de la caución atendiera mas que a una función de garantía, a una mayor eficacia o celeridad en la ejecución, en los casos en que ésta resultare esencial para salvaguardar el pronunciamiento judicial.

**F)** Es cierto que la parte recurrente invoca dos autos precedentes de la misma Sala -aunque Sección distinta- de Sevilla. El primero, de 17 de diciembre de 2012 -recurso núm. 2431/2012-, dice:



«Tercero.- Se alega también la innecesariedad de la fianza dada la inexistencia de daño para el interés general y por generar su prestación un daño equivalente a la sanción.

La crisis económica que padecemos, sostiene el recurrente, hace muy difícil o imposible obtener la fianza en términos que sean menos gravosos que el propio abono de la multa.

Sostiene la recurrente que al fin es una corporación de derecho público que tiene asignadas funciones públicas de gran trascendencia social.

El primero de los argumentos, sin que sea negado, no parece suficiente para levantar la exigencia de fianza: la dificultad de obtener una fianza es general y llevaría a que en todo caso hubiera de suspenderse una sanción económica sin garantía de cobro para la administración en el eventual supuesto de que no fuera estimada la demanda.

Ahora bien, el carácter que todavía tienen los Colegios profesionales, como Corporaciones de derecho público que en efecto tienen asignadas relevantes funciones de trascendencia social, sí nos parece suficiente para acordar la innecesariedad de la fianza, dada la acreditada dificultad de obtener la misma, y el hecho cierto del arraigo histórico y social de estas corporaciones por lo que, en efecto, parece muy improbable que en su momento, si fuera procedente, la demandante no hubiera de hacer frente a la sanción económica. Es por ello, que, en este particular, la reposición sí debe ser estimada».

Por su parte, auto de 18 de julio de 2015 que también aporta la parte recurrente -por mero error aparece fechado en 2011- de la misma Sección Primera dictado en el recurso núm. 251.1/2015, a instancia del mismo Colegio de Arquitectos, reitera las mismas consideraciones acerca de la innecesariedad de prestar fianza, atendido el carácter de los colegios profesionales, como corporaciones de Derecho Público que tienen asignadas relevantes funciones de trascendencia social, elemento suficiente, a su juicio, para acordar la innecesariedad de la fianza, dada la acreditada dificultad de obtener la misma, y el arraigo histórico y social de estas corporaciones, siendo improbable que no pudiera hacer frente, en su momento, a la sanción económica.

**G)** Mientras que el primero de los autos ahora recurridos, de 29 de septiembre de 2016, se limita a decir que:

«(...) procede acordar la medida cautelar interesada relativa a la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado siempre que la recurrente preste o acredite en su caso, fianza o aval en garantía del indicado importe, más un diez por ciento en el plazo de 30 días»;

y, el segundo, de 23 de noviembre de 2016, añade:

«(...) se consideró procedente acceder a la medida cautelar solicitada si bien condicionada a la prestación de garantías, pues la inmediata ejecución del reintegro de la cantidad a devolver pudiera originar perjuicios económicos de difícil reparación a la corporación recurrente, según la documentación aportada de la situación económica en la que se encuentra. Sin embargo, no cabe acceder a la pretensión de que se acuerde la suspensión sin la prestación de aval (que no consta denegado según los documentos bancarios aportados», pues como expresó el Tribunal Supremo en reciente auto de 13 de abril de 2016 «precisamente, la difícil situación económica de la recurrente determina que sea procedente el aseguramiento del eventual pago de las cantidades a la Administración, y que éste queda garantizado a través de aval bancario o cualquiera de las garantías en las formas admitidas en Derecho, de manera que quede afianzada la devolución de los fondos públicos percibidos por los beneficiarios de incentivos regionales, y que, en fin, los intereses generales objeto de ponderación queden salvaguardados mediante la exigencia de garantías que eviten ala postre la pérdida de los ingresos públicos objeto de litigio, en tanto se dicte sentencia.

Cabe indicar a tal efecto, que no queda suficientemente acreditada la imposibilidad de aportar un aval bancario, como mecanismo de afianzamiento preferente por su facilidad, sin que basten los dos documentos aportados con el escrito de interposición suscrito por dos entidades bancarias en ese sentido, en los que se indica que la sociedad presenta activos patrimoniales. Por otro lado, sería suficiente la prestación de caución o garantía en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, siempre que sea bastante para responder del reembolso de la cantidad que le es exigida».

Y es cierta la constante jurisprudencia invocada por la Sala *a quo*, pues valorando la situación económica en la que se encuentra la recurrente, a través de la caución pretende precisamente garantizar los posibles perjuicios que pudieran derivarse de la suspensión, rechazando los argumentos sobre la dificultad de obtener el aval y en fin, las circunstancias invocadas para la exención de cualquier caución y garantía. Se ha realizado una ponderación efectiva y razonable entre los intereses públicos, que consisten en el aseguramiento del abono de la multa y los intereses de la entidad, motivando adecuadamente la denegación de la suspensión sin aval ante la apreciación de riesgo de impago en caso de no prestarse la garantía, riesgo que se confirma por las dificultades financieras existentes para poder obtener la garantía bancaria del reembolso (por todas, sentencia





de 16 de noviembre de 2015 -recurso de casación núm. 1461/2014 - y las que allí se invocan y que acoge el auto citado de 13 de abril de 2016 -recurso núm. 4399/2016 -).

**H)** Como ha dicho reiteradamente esta Sala (por todas, sentencias de 24 de abril de 2012 -recurso de casación núm. 2653/2011 - precisamente invocada por la Junta de Andalucía):

«Hemos mantenido de modo constante la exigencia de afianzamiento para evitar los eventuales perjuicios al Tesoro que podrían derivarse de la insolvencia de la persona o empresa obligada al pago de las correlativas deudas a favor de aquél. Los intereses generales objeto de ponderación se respetan mediante la exigencia de garantías que eviten a la postre la pérdida de los ingresos públicos objeto de litigio, en tanto se dicte sentencia. La evaluación de los intereses en juego hace que, cuanto más elevado sea el riesgo de que la Administración deje de ingresar el importe debido, más preciso resulte el afianzamiento del pago como contracautela de la suspensión del acto impugnado. De otro modo, ni se evitarían ni se paliarían los eventuales efectos desfavorables para el erario público, consecutivos a la situación patrimonial de una sociedad que, según sus propias manifestaciones en la pieza cautelar, tiene dificultades financieras que le impiden obtener avales bancarios».

**I)** También merece señalarse, sobre la valoración de la suficiencia, en su caso, de la garantía ofrecida, y siguiendo la misma sentencia anterior, que:

«(...) una vez que el tribunal de instancia accedió a la suspensión cautelar del pago de la cantidad adeudada si la sociedad recurrente prestaba caución bastante para responder de aquél, la apreciación de la suficiencia de la garantía ofrecida por el deudor es una cuestión íntimamente ligada a consideraciones de hecho (valoración y situación registral de las fincas, cargas que sobre ellas pesan u otros factores análogos) que sólo podría ser revisada en casación si el juicio de suficiencia fuera abiertamente erróneo o arbitrario. No es este el caso de autos pues la Sala de instancia podía apreciar, razonablemente, que una hipoteca sobre los inmuebles o una prenda sobre la maquinaria en las condiciones ofrecidas (esto es, hipoteca posterior a otros gravámenes preexistentes y prenda sobre bienes de equipo industriales adquiridos con reserva de dominio) no bastaban para garantizar el reintegro de la deuda cuyo principal más intereses era objeto de litigio. No es un problema, pues, de "validez" de la garantía sino de suficiencia de ésta, a la vista de las concretas circunstancias económicas y jurídicas de los bienes singulares sobre los que recae».

**J)** Añadamos, respecto a tales corporaciones sectoriales que, bajo una forma pública de personificación, concebida como un cauce asociativo necesario, se hacen valer intereses privados de sus miembros. Sin embargo, no como tales intereses individuales de cada uno de ellos, sino como intereses colectivos del conjunto del colectivo o profesión que todos ellos forman, en cuya representación frente al Estado hay también una no despreciable cuota de interés público.

En los colegios profesionales se trata de hacer valer intereses de los miembros de una determinada profesión, que constituyen, obviamente, un grupo privado y sectorial, no una colectividad pública estrictamente. El fin de una corporación lo constituye la atención de los intereses de sus miembros, rasgo propio de este tipo de personas jurídicas y estos intereses son claramente intereses privados.

Como ha dicho esta Sala, por todas sentencias de 28 de febrero de 2011 -recurso de casación núm. 2054/2008 -, se trata de entes cuya naturaleza es mixta con componentes de claro perfil público pero con una base de intereses privados. De ahí que la Administración Corporativa a la que pertenecen los colegios profesionales pueda calificarse de fronteriza entre los entes públicos y los entes privados. Su función principal no es pública sino que tiene por fin esencial la gestión de aquellos intereses privativos de sus miembros que derivan del ejercicio de la profesión común. Son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero también atienden finalidades de interés público.

#### **SEXTO.- La fijación de la interpretación sobre la cuestión que presenta interés casacional.**

Hechas las anteriores consideraciones debemos llegar a las siguientes conclusiones:

- 1) El artículo 12 de la Ley 52/1997 no incluye expresamente entre los órganos exentos de constituir cauciones u otro tipo de garantías a las corporaciones de Derecho Público, en este caso, el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla.
- 2) La exención de prestar garantía o caución ha de establecerse por ley.
- 3) Los tribunales podrá exigir caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de las medidas cautelares acordadas.
- 4) Los tribunales deberán valorar y ponderar los intereses en juego y, en particular, en el caso de las corporaciones de Derecho Público, si se trata del ejercicio de funciones públicas. Pero no existe una exención



expresa de la prestación de garantía. Entre los rasgos característicos de las corporaciones de Derecho Público debe señalarse ahora que se ocupan de la gestión de intereses privados preferentemente, aunque también de intereses públicos que las normas reguladoras les encomiendan.

5) Las cuestiones de hecho, y la valoración de la prueba, están excluidas del recurso de casación, quedando a la efectiva, razonable y razonada ponderación de intereses por el Tribunal *a quo*. Y la apreciación de la suficiencia de garantía ofrecida por el deudor es también una cuestión íntimamente ligada a consideraciones de hecho.

6) En definitiva, y dando respuesta a la cuestión que presenta interés casacional, tal y como quedó antes expuesta, no resulta automáticamente extensible a los colegios profesionales oficiales encuadrados en la llamada "Administración corporativa" la doctrina jurisprudencial específicamente sentada sobre la inexigibilidad de prestación de fianza o aval por las Administraciones Públicas en caso de adopción por el órgano judicial de medidas cautelares promovidas por aquellas, de suspensión de sanciones administrativas pecuniarias. Y debe estarse a las circunstancias concretas y particulares de cada caso para decidir la necesidad de aval u otro tipo de garantía para evitar o paliar los posibles perjuicios que se puedan derivar de la medida cautelar, con ponderación de los perjuicios que pudieran irrogarse a los intereses generales, en particular la posible pérdida de los ingresos públicos en litigio.

De acuerdo con esa interpretación, debe declararse no haber lugar al recurso de casación

#### **SÉPTIMO.- Las costas.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia el pronunciamiento de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que no hizo expresa imposición de las mismas.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento de derecho sexto:

1º.- Desestimar al recurso de casación núm. 2453/2017 interpuesto por el Colegio Oficial de Arquitectos de Sevilla, contra los autos de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fechas 29 de septiembre y 23 de noviembre de 2016, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 559.1/2016, que confirmamos.

2º.- No se hace imposición de las costas derivadas del recurso de casación y manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el pronunciamiento de los autos recurridos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.