

Roj: **STS 1802/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1802**Id Cendoj: **28079130032017100189**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **3**Fecha: **12/05/2017**Nº de Recurso: **1291/2016**Nº de Resolución: **836/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 1291/2016, interpuesto por el procurador don Jaime Quiñones Bueno, en representación de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L., bajo la dirección letrada don Javier López Gutiérrez, contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero 2016, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 281/2015, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015, que acordó denegar la adopción de la medida cautelar solicitada. Ha sido parte recurrida la GENERALIDAD DE CATALUÑA, representada y defendida por la Abogada de la misma.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 281/2015, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Auto el 3 de febrero de 2016, por el que desestimó el recurso de reposición planteado contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva, dice literalmente:

« Primero.- Denegar la adopción de la medida cautelar que se solicita.

Segundo.- Sin expresa condena en costas. » .

**SEGUNDO.-** Contra dichos Autos, la representación procesal de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L., interpuso recurso de casación, que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 9 de marzo de 2016, al tiempo que acordó elevar las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y con fecha 27 de abril de 2016, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que, por presentado este escrito con el documento acompañado y sus copias, admita todo ello, me tenga por personado y parte en la representación que ostento y por INTERPUESTO en nombre de mi mandante RECURSO DE CASACIÓN contra el Auto de fecha 3 de febrero de 2016 dictado en la pieza separada del Procedimiento Ordinario 281/2015, por el que se desestimó el Recurso de Reposición formulado contra el Auto de fecha 15 de octubre de 2015 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por los que se desestime la MEDIDA CAUTELAR solicitada por mi representada en el escrito de interposición de Recurso Contencioso- Administrativo presentado en fecha 28 de julio de 2015 contras las Resoluciones de fecha 13 de enero de 2015 dictada por la Dirección General de Turismo del Departamento

de Empresa y Ocupación de la Generalitat de Cataluña en el Expediente Administrativo 27055-2014 y de 28 de mayo de 2015 dictada por el Secretario de Empresa y Competitividad del Departamento de Empresa y Ocupación de la Generalitat de Cataluña; y, previos los trámites legales oportunos, dicte Resolución, casando los Autos recurridos y, disponga la procedencia de la adopción de la medida cautelar solicitada de suspensión de dichas Resoluciones dictadas por la Administración demandada, con imposición de costas. » .

**CUARTO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 20 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

« Primero: No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso formulada por la Generalidad de Cataluña.

Segundo: Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por Homeaway Spain S.L. contra el Auto de 15 de octubre de 2015, dictado en el recurso nº 281/2015 por la Sala de lo contencioso-administrativo (Sección 5ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña , y confirmado en reposición por Auto de la misma sala y Sección de 3 de febrero de 2016 ; y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la **Sección Tercera** de esta Sala, de conformidad con las normas sobre reparto de asuntos. Imponemos a la parte recurrida las costas procesales causadas en este incidente en los términos señalados en el último razonamiento jurídico de la presente resolución. » .

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 18 de noviembre de 2016 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso de casación a la parte comparecida como recurrida (la GENERALIDAD DE CATALUÑA) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó la abogada de la Generalidad de Cataluña en escrito presentado el 22 de diciembre de 2016, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

« Que admita el presente escrito y que, conforme a las anteriores manifestaciones, dicte sentencia que desestime el recurso de casación por las causas invocadas y confirme el Auto de 3 de febrero de 2016 de la Sección Quinta del TSJC , impugnado. » .

**SEXTO.-** Por providencia de 14 de febrero de 2017, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 3 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L. contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero 2016 , que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015 , que denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución de la Dirección General de Turismo del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalidad de Cataluña de 13 de enero de 2015, que ordenó a la referida empresa que procediera en el plazo de quince días bloquee o suprima definitivamente la página web [www/homeaway.es](http://www.homeaway.es) o de cualquier otra página web que pueda utilizar, todo el contenido relativo a empresas y establecimientos de alojamiento turístico, localizados en Cataluña, en los que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña, y de la resolución dictada por el Secretario de Empresa y Competitividad del referido Departamento de 28 de mayo de 2015, que desestimó el recurso de alzada planteado contra la anterior resolución.

El Auto dictado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de octubre de 2015 , acuerda denegar la adopción de la medida cautelar solicitada de suspensión de las referidas resoluciones, con base en los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: «al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego». Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada ( STS de 15 de marzo de 2005 ).

En el caso de autos, frente al interés de la recurrente en seguir publicitando en la web de referencia todos los establecimientos de alojamiento turístico de Cataluña de sus anunciantes, conste o no su inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña, encontramos el interés público representado por la Administración demandada en el cumplimiento de la normativa que dispone los requisitos exigidos a cada uno de ellos según

su categoría, cuyo cumplimiento permitirá su inscripción en el citado Registro, en beneficio del interés general, apareciendo este último como más necesitado de protección.

[...] La apariencia de buen derecho supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, permitiendo valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de medidas cautelares y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La LJCA de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta (ATS 14 de abril de 1997); de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz (STS 15 de marzo de 2004 y 11 de enero de 2013)).

En el caso de autos la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte actora se pretende deducir de la actividad desarrollada por la recurrente, en relación con lo dispuesto en la LTC, de la incompetencia de la Dirección General de Turismo para ejercer funciones de control de la recurrente, la exención de responsabilidad de la recurrente en tanto que prestadora de servicios de la sociedad de la información, negando que se le pueda imponer un control previo sobre los contenidos alojados en su plataforma.

Como es de ver, ninguno de esos presupuestos son determinantes de la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida sino, en su caso, de su anulabilidad, salvo el referido a la falta de competencia del órgano que ha dictado el acto recurrido, pero esta cuestión ya fue tratada en el fundamento de derecho tercero de la resolución de fecha 13 de enero de 2015, con cita de los artículos 50 y 50 bis de la Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña, y de los artículos 1.2 y 35.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, de forma que no cabe apreciar que se esté ante un supuesto de nulidad ostensible y manifiesta, en el que poder sustentar la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, como se solicita. ».

El Auto del Tribunal de instancia de 3 de febrero de 2016 desestima el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015, con la exposición de los siguientes argumentos jurídicos:

« [...] El auto recurrido al resolver sobre la medida cautelar solicitada por la actora toma en consideración la falta de acreditación, ni siquiera indiciaria, de los daños y perjuicios que la ejecución del acto recurrido puede comportar, en cuanto ordena a la aquí recurrente que en el plazo de 15 días naturales recurrente bloquee, suprima o suspenda definitivamente de la página web [www. homeaway.es](http://www.homeaway.es) o cualquier otra web que pueda utilizar en iguales términos, todo el contenido relativo a empresas o establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, en el que no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña.

Es con el recurso de reposición cuando se aporta una certificación del Director Facultativo de la recurrente, que se acompaña de unos anexos, en la que se contiene referencia del número de anuncios publicados en 2014 relacionados con alojamientos turísticos de Cataluña y la cantidad percibida por los mismos (4.785.000 euros) los ingresos totales de esa entidad, (13.532.939 euros), el coste de adicional por el reembolso de las cantidades pagadas por los anunciantes (320.045 euros), el descenso de las visitas a la página web y la desindexación de la misma en los resultados de Google, con un coste de 1.900.000 euros, añadiendo que con ello se vería comprometida la viabilidad de la empresa con 100 trabajadores en España. Del anexo II se extrae que las páginas relacionadas con anuncios de alojamientos turísticos de Cataluña representan un 12% del tráfico del portal.

Además de que esa información no pudo ser valorada al dictar el auto recurrido en reposición pues no se disponía de la misma, es de tomar en consideración que la resolución recurrida no acuerda la supresión o suspensión de la página web [www. homeaway.es](http://www. homeaway.es) o cualquier otra web de todo el contenido relativo a empresas o establecimientos de alojamiento turístico localizados en Cataluña, sino solo que aquéllas respecto de las cuales no conste el número de inscripción en el Registro de Turismo de Cataluña, de forma que la misma no resulta decisiva a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar solicitada.

[...] Contrariamente a lo defendido en el escrito de interposición del recurso de reposición, el auto recurrido en reposición no reconoce la existencia de indicios de anulabilidad del acto recurrido, ni menos de su nulidad de pleno derecho, sino que se encarga de precisar que las razones dadas al solicitar la medida cautelar no serían determinantes de la nulidad del acto recurrido, sino de su anulabilidad, salvo la referida a la falta de competencia del órgano que lo dicta, negando que esa nulidad resulte manifiesta, como exige la jurisprudencia,

sino que ese motivo de impugnación deberá ser tratado al dictar sentencia, tras las aportaciones de todas las partes, razón por la que no puede servir de sustento de la medida cautelar y esa apreciación se debe mantener ya que no se ha visto desvirtuada con el recurso de reposición.

[...] Respecto de la valoración de los intereses en conflicto que contiene el auto recurrido, en el recurso de reposición no se opone ninguna circunstancia nueva sino que se repite la consideración de la inviabilidad de la empresa de ejecutarse el acto recurrido, situación ya valorada al tratar el periculum in mora. » .

El recurso de casación se articula en la formulación de un único motivo de casación, que se funda al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el desarrollo del motivo de casación se aduce que el Tribunal, de instancia ha omitido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que avala la completa validez de la prueba indiciaria, porque impone la obligación de realizar una prueba plena de los daños y perjuicios derivados de la ejecución de las resoluciones impugnadas, cuando, en este supuesto, se está valorando «el potencial daño de una hipotética futura resolución desfavorable a sus intereses», lo que implica que la determinación de todas los posibles daños se tenga que realizar de acuerdo a indicios o estimaciones.

#### **SEGUNDO.-- Sobre la improsperabilidad del recurso de casación.**

El único motivo de casación formulado, fundamentado en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, sentada respecto de la validez de la prueba indiciaria, no puede ser estimado.

En efecto, esta Sala considera que el Tribunal de instancia no ha vulnerado la doctrina jurisprudencial formulada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de la prueba indiciaria, porque cabe referir que advertimos que la ratio decidendi de los Autos recurridos se fundamenta esencialmente en el argumento de que no se ha acreditado ni siquiera indiciariamente, que la ejecución del acto recurrido «haya de comportar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación», atendiendo a la insuficiencia de la prueba aportada (el Auto de 3 de febrero de 2016 deja constancia de que la prueba documental sobre las pérdidas de páginas vistas y respecto de los balances de la empresa se aportaron con el recurso de reposición).

Por ello, descartamos que el Tribunal de instancia haya conculcado las reglas sobre la valoración de la prueba, al denegar la suspensión de las resoluciones del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalidad de Cataluña impugnadas (dictada en un expediente de cumplimiento de la legalidad turística), pues la decisión judicial se basa en una adecuada ponderación del periculum in mora, que determina que se rechace la alegación formulada respecto de que la ejecución de las resoluciones produce como consecuencia que tenga que renunciar injustificadamente a parte de su negocio, en la medida que comporta la eliminación de anuncios de propiedades ubicadas en Cataluña publicadas en la página web.

Observamos también que el Tribunal de instancia ha realizado una adecuada valoración circunstanciada de todos los intereses públicos y privados en conflicto, y ha analizado la apariencia de buen derecho, negando la existencia de indicios ostensibles o manifiestos de anulabilidad o de pleno derecho de las resoluciones impugnadas, debido a la supuesta falta de competencia del órgano administrativo o al ejercicio de control previo de los contenidos de la plataforma digital, siguiendo los criterios establecidos en los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En suma, descartamos que los Autos del Tribunal de instancia recurridos infrinjan la doctrina del Tribunal Constitucional y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formuladas en materia de medidas cautelares, teniendo en cuenta que, como dijimos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 21 de mayo de 2008 (RC 3464/2007 ), reiterando una consolidada doctrina expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998 ), y que se transcribe en el auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 130.1 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , asegurando la efectividad de la sentencia-.

Asimismo, procede subrayar que, como aduce la Abogada de la Generalidad en su escrito de oposición al recurso de casación, no podemos eludir que, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, la valoración de la prueba no es materia casacional al ser ajeno al significado y finalidad del recurso de casación pretender la sustitución de las apreciaciones del Tribunal de instancia, salvo que se justifique que la valoración del

material probatorio sea irrazonable o arbitrario y se hayan infringido las normas procesales que regulan la prueba tasada.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente el único motivo de casación articulado, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L. contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero 2016 , que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 281/2015 .

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de cuatro mil euros, más IVA cuando proceda, a la parte recurrida.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :  
**Primero.- Desestimar el recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de la mercantil de la mercantil HOMEAWAY SPAIN, S.L. contra el Auto de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de febrero 2016 , que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 15 de octubre de 2015, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 281/2015 . **Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.