

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 2/8/2020
FISCALÍA Nº 2/1/2020
RECURRENTE: D. Joaquim Torra y Pla

A LA SALA

EL FISCAL, en el recurso contencioso-administrativo de referencia, evacuando el traslado que se le confiere mediante auto de 10 de enero de 2020, notificado en la misma fecha, para que en el plazo de cinco días formule alegaciones sobre sobre las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, comparece a tal efecto dentro del plazo indicado, y DICE:

ANTECEDENTES

1.- Solicitaba el actor, en principio como medida *cautelarísima* al amparo del art. 135 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), la suspensión del Acuerdo de la Junta Electoral Central de 3 de enero de 2020 por el que se resolvía: 1º) Anular el de la Junta Electoral Provincial de Barcelona de 24 de diciembre de 2019; 2º) Declarar que concurre en el Sr. Torra la causa de inelegibilidad sobrevenida del art. 6.2.b) LOREG “*en razón de haber sido condenado por sentencia no firme dictada el día 19 de diciembre de 2019 (...) por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, imponiéndole, además de una pena de multa, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de cargos públicos electivos, ya sean de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, así como para el desempeño de funciones de gobierno en los ámbitos local, autonómico y del Estado, por tiempo de un año y seis meses, por considerarle autor de un delito de desobediencia tipificada en el art. 410.1 CP*”; 3º) Dejar sin efecto su credencial de diputado electo al Parlamento de Cataluña; y 4º) Ordenar a la Junta Electoral Provincial de Barcelona que declare la vacante

como diputado del Parlamento de Cataluña del recurrente, expidiendo la credencial la siguiente candidato de la lista de *Junts per Catalunya*.

2.- Mediante Auto de 10 de enero pasado esa Excma. Sala ha declarado que no ha lugar a la adopción de la referida medida *cautelarísima*, ordenando la tramitación del incidente conforme a lo establecido en el art. 131 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

3.- De conformidad con dichas normas, tal y como ha quedado reseñado en el encabezamiento del presente escrito, se confiere traslado a esta Fiscalía, igual que a las demás partes, para que se pronuncie sobre la suspensión interesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como recuerda el citado Auto de 10 de enero por el que se deniega suspensión urgente basada en el art. 135 LJCA, *“las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso evitando que el transcurso del tiempo pueda poner en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo”*. De manera que su finalidad consiste, según concreta esa misma resolución, citando el art. 129.1 LJCA, en asegurar *“la efectividad de la sentencia”*. La propia Sala ha matizado, en este sentido (ATS de 5 de junio de 2012, rec. 327/2012), que *“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”*. Y en patente coherencia con ese propósito, el art. 130.1 de la misma Ley reguladora de esta Jurisdicción dispone 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”*.

Esta Fiscalía comparte sin reservas el criterio del Tribunal respecto de la suspensión *cautelarísima*, en la medida en que ni era ni es previsible que en el lapso de tiempo que ha dedicarse a oír a las partes, en aras a una mayor garantía de todos los derechos e intereses en presencia, pudiera tener lugar un desarrollo de los acontecimientos determinante de la frustración irreversible del fin legítimo del recurso. La realidad ha acreditado hasta este momento el acierto de ese juicio.

La posición del Ministerio Fiscal sobre la necesidad de adopción de la medida cautelar solicitada se proyecta, por tanto, sobre la eventualidad de una *pérdida de la finalidad legítima* del recurso interpuesto por el Sr. Torra en un lapso de tiempo más prolongado, que de acuerdo con la propia previsión legal concluye con el dictado de la sentencia de fondo. Como se dirá, esa concreta referencia temporal cobra una singular relevancia en este caso, atendiendo precisamente a la temporalidad inherente al ejercicio del derecho fundamental que invoca la parte actora.

SEGUNDO.- Como es sabido y viene reiterando esa Excma. Sala, la configuración clásica de las medidas cautelares experimentó tras la entrada en vigor de la Constitución un relevante cambio de orientación, cuyo inicial desarrollo jurisprudencial se plasmó en la vigente Ley jurisdiccional. En su exposición de motivos puede así leerse que:

“Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario.

La Ley aborda esta cuestión mediante una regulación común a todas las medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza. El criterio para su adopción consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto”.

Esa vinculación de la *justicia cautelar* al principio de tutela judicial efectiva y la consecuente definición de sus presupuestos y requisitos se han plasmado en una doctrina jurisprudencial muy depurada, que se invoca con idéntica formulación en innumerables resoluciones, anteriores y posteriores al ya citado Auto de 5 de junio de 2012 (V.gr. STS 17-07-2018, rec. 1808/2017; STS 04-04-2011, rec. 4359/2008; ATS 26-07-2006, rec. 192/2006; ATS 27-02-2007, rec. 188/2006, entre otras muchas). Esa jurisprudencia se reproduce en los siguientes términos:

“La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) 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. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) *Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).*

c) *El periculum in mora, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.*

d) *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. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).*

e) *La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza 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 LJ no hace expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/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), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría 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 propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros)".

TERCERO.- La referencia que se acaba de efectuar a la restringida operatividad del criterio del *fumus boni iuris* no impide sin embargo establecer, a juicio de esta Fiscalía, un límite simétrico en la línea de manifiesta inviabilidad de la pretensión de fondo. Dicho de otro modo: la preservación de la *finalidad legítima* del recurso carece de sentido y de verdadera finalidad constitucional –precisamente desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva- cuando dicha pretensión evidencia *a limine* su manifiesta insostenibilidad, de manera que, en la práctica, la tentativa de suspensión del acto recurrido se traduzca en una mera y gratuita dilación obstaculizadora de su debida ejecución.

De ahí que resulte imprescindible, en orden al pronunciamiento que esa Excma. Sala reclama del Ministerio Fiscal, un somero repaso de las alegaciones –ya resumidas, por lo demás, en el Auto de 10 de enero-, en las que apoya la parte actora su pretensión de fondo. El examen liminar de la *finalidad del recurso* así articulada permitirá determinar hasta qué punto –y/o en qué puntos- puede hallar sustento *prima facie* la pretensión cautelar deducida en el *otrosí* del escrito de interposición. Otros aspectos del recurso ni siquiera requerirán un tratamiento detallado en el presente informe, por entender precisamente que –como apuntaba la Sala al denegar la medida *cautelarísima*- su abordaje exige un debate de fondo inaccesible en este trámite, o, en el extremo opuesto, carecen a todas luces de la más mínima posibilidad de prosperar.

1. Siguiendo el orden expositivo del escrito de interposición, pero también atendiendo a la aparente viabilidad, *a priori*, de la alegación, ha de mencionarse la posible incompetencia de la Junta Electoral Central –y en general de la Administración electoral- para decidir en el presente caso sobre la aplicación de un motivo de incompatibilidad *sobrevenida* determinante de la pérdida del escaño del Sr. Torra en el Parlamento catalán. Y en concreto punto ha de mencionarse ya un dato de innegable relevancia a la hora de sopesar la consistencia argumental de la pretensión cautelar: el mismo reproche de ilegalidad por incompetencia que formula el recurrente se contiene –en términos parcialmente análogos- en el voto particular suscrito por seis de los Vocales de la Junta Electoral Central, frente al acuerdo mayoritario que se impugna en este procedimiento.

En un intento de resumir de manera expresiva la argumentación del recurso, podría decirse que el actor defiende un entendimiento *cronológico-funcional* de la relación lógica (y jurídica) entre los apartados 2 y 4 del artículo 6 LOREG, de manera que la toma en consideración de las causas de *inelegibilidad* que contiene el art. 6.2 como causas de

incompatibilidad, de acuerdo con el art. 6.4, no se hallaría ligada de manera absoluta y en dirección biunívoca a la competencia de la JEC, sino que la apreciación de esas causas de inelegibilidad/incompatibilidad correspondería a dicho órgano, o, por el contrario, a aquel en el que ejerce su función de representación política el interesado (en el Parlamento de Cataluña, en este caso) en función de que el interesado haya alcanzado –o no– el estatus pleno de tal representación, que el recurrente identifica con el acto de proclamación de electos, invocando la reciente doctrina del TJUE en el caso *Junqueras Vies c. España* (cabe subrayar que esta cuestión relativa al momento en que se adquiere la condición de diputado es intrascendente para el objeto del presente procedimiento, puesto que en él no se cuestiona que el Sr. Torra disfrutase de tal condición *plena* en el momento en que se adopta la resolución recurrida).

En resumen, la Administración electoral tendría competencia para resolver sobre la *inelegibilidad* propiamente dicha de los candidatos, pero una vez alcanzada por estos la condición de *electos*, y en todo caso, como se acaba de indicar, adquirido el estatus *pleno* de diputado, correspondería en exclusiva al propio Parlamento la competencia para apreciar, ya transformada la causa de *inelegibilidad* en presupuesto de *incompatibilidad* (que como tal se reserva normativamente a su ámbito), la existencia y los efectos de dicha *inelegibilidad* sobrevenida. Esa distribución *sucesiva* de competencias hallaría acomodo, además, según el voto particular que acompaña al acuerdo recurrido, en el artículo 160 LOREG, que, en el contexto de las Cortes Generales, establece el procedimiento para la apreciación de las incompatibilidades, atribuyendo inequívocamente esa función a las propias Cámaras parlamentarias.

Cita el escrito de recurso, en apoyo de su tesis, y también en coincidencia sustancial con los vocales de la JEC discrepantes, algunos acuerdos precedentes de la propia JEC (27 de febrero de 2014), así como la STC 144/1999 y, sobre todo, la STC 155/2014. Rechaza el recurrente, en este punto, la interpretación que de esta sentencia defiende el Acuerdo impugnado, que tacha de *apócrifa*, puesto que a su juicio la JEC trata de atribuir al Tribunal Constitucional una distinción entre *incompatibilidades por inelegibilidad* e *incompatibilidades parlamentarias* que –aduce el actor– en realidad no se corresponde con el verdadero criterio diferenciador que propone el máximo intérprete de la Constitución, basado en realidad en la contraposición entre *incompatibilidades parlamentarias*, categoría general que incluiría (también) las *inelegibilidades transformadas* en incompatibilidad (por

mor del art. 6.4 LOREG), y una categoría –o subcategoría- específica de *incompatibilidades en sentido estricto*, que, según cabría deducir del tenor de la sentencia misma, se referiría a los supuestos en que propiamente se trata de la prohibición de ejercicio simultáneo de la actividad parlamentaria y otra diferente, pública o privada, que obliga al interesado a optar por una u otra.

Ciertamente, a la vista de la referida sentencia, esta Fiscalía no encuentra en ella un apoyo nítido –es decir, evidente sin necesidad de un análisis más profundo, que no corresponde efectuar en este trámite- para la conexión lógico-jurídica inmediata que la JEC parece establecer (apartado cuarto, razón cuarta del acuerdo impugnado) entre la afirmación de que las causas de inelegibilidad del art. 6.2 LOREG “*no pierden su naturaleza de causas de incapacidad electoral pasiva que de manera automática se imponen frente a la voluntad del parlamentario y le privan del escaño*”, y su subsiguiente conclusión de que “*en estos casos la Administración electoral tiene competencia, porque se refiere al derecho de sufragio pasivo el cargo electo*”,

De hecho, más adelante advierte el escrito de interposición que la propia JEC ha dictado acuerdos (pone el ejemplo del de 11 de junio de 2014) *en ejecución* de actos de órganos parlamentarios autonómicos o entes locales que, ejerciendo su propia competencia –así reconocida por el órgano electoral-, adoptaban decisiones similares de cese por incompatibilidad de representantes políticos condenados en sentencia penal. Y el apartado tercero del voto particular contiene también su propia lista de supuestos en que la misma JEC hizo expresa declaración de su falta de competencia en casos similares (acuerdos 99/12, 100/12 y 4-7-18), lo que, entiende esta Fiscalía, no resulta desvirtuado por el hecho de que tales acuerdos pudieran en su caso haberse dictado con la finalidad de resolver una consulta, y no de decidir sobre una reclamación, como parece sugerir la fundamentación jurídica suscrita por la mayoría de los vocales de la Junta.

Al margen de la innecesaria retórica descalificatoria con la que el escrito de recurso se refiere al carácter *usurpador* de la reivindicación competencial que ahora defiende a su favor la JEC, lo cierto es que, salvo error de apreciación de esta representación del Ministerio Fiscal, los datos alegados por el voto particular y por el actor que se acaban de reseñar responden objetivamente a la realidad.

Los vocales discrepantes también citan las SSTC 7/1992, 144/1999, 155/2014 en términos que inequívocamente inspiran las alegaciones del recurrente, y centran su rechazo de la tesis mayoritaria de la JEC en la idea de que la regulación de determinadas materias por la LOREG no implica que todo lo relativo a dichas materias quede incluido en la esfera de competencia propia de la administración electoral. Dicha idea queda claramente expuesta, con inclusión de varios ejemplos, en el apartado quinto del voto particular. Y no está de más recordar, en este punto, que cualquiera que sea el órgano competente, la única razón incuestionable por la que las causas de inelegibilidad e incompatibilidad se regulan en la Ley electoral es porque así lo exige de forma expresa el artículo 70.1 de la Constitución, sin que aparentemente quepa deducir sin más de dicho precepto constitucional ninguna regla relativa a la competencia para la aplicación de esa normativa.

Por otra parte, sin perjuicio de un examen más a fondo que, como se ha indicado, no procede efectuar en el seno de este incidente cautelar, el Fiscal entiende que la dicotomía en la que se apoya el acuerdo impugnado, cuando separa *en razón de su naturaleza* algunas causas de inelegibilidad de otras que sí resultarían asimilables a verdaderas incompatibilidades, aunque fuera admitida como hipótesis de trabajo, no conduciría forzosamente, como única conclusión posible, a la solución automática de atribuir la competencia sobre las *inelegibilidades transformadas en incompatibilidades* a la JEC, porque: *i)* la LOREG, en cuya *literalidad* se apoya reiteradamente el acuerdo impugnado, no establece esa distinción en el art. 6.4 ni en ningún otro, ni fija la competencia específica para ello; *ii)* puede llevar razón la parte actora, como se ha visto, en que la STC 155/2014 no sostiene exactamente una construcción teórica que por fuerza aboque a esa conclusión, y, en fin, *iii)* una aproximación también literal a los apartados 2 y 4 del citado art. 6 LOREG no impide aceptar que, una vez que las causas de inelegibilidad se convierten en supuestos de incompatibilidad, su régimen *procedimental* de apreciación pueda y/o deba ser el que corresponde precisamente a las incompatibilidades (en sede parlamentaria, según el reglamento del legislativo autonómico).

Es más: aun asumiendo la distinción conceptual que, como ya se ha expuesto, defiende el acuerdo de la JEC, según la cual determinadas causas de inelegibilidad –en particular la que nos ocupa– “*no pierden su naturaleza de causas de incapacidad electoral pasiva que de manera automática se imponen frente a la voluntad del parlamentario y le privan del escaño*”, tampoco parece *a priori* irrazonable –al menos como mera hipótesis–

admitir que, precisamente *por su propia naturaleza*, alguna de esas causas de inelegibilidad no pueda transformarse de manera estrictamente *automática* en un supuesto de incompatibilidad propiamente dicha, precisamente porque la *inelegibilidad* como tal no tenga sentido cuando el candidato *ya ha sido elegido*. En tal caso lo cuestionable no sería qué órgano ha de apreciar la concurrencia de esa causa de *incapacidad electoral*, sino si existe la posibilidad misma de operar la transformación que contempla el art. 6.4 LOREG, y cómo se articula esa transformación, al margen de las causas de incompatibilidad *propiamente dichas* que correspondan al *estatus* –en este caso parlamentario– del representante público. Aunque el acuerdo recurrido afirma de manera apodíctica que “*tampoco cabe acoger la referencia*” a él, lo cierto es que desde la reforma operada por L.O. 3/2011, la LOREG contempla un supuesto singular de *transformación* de la *inelegibilidad* en *incompatibilidad*, regulando específica y exhaustivamente en los párrafos segundo a quinto del art. 6.4 el procedimiento a seguir para hacer efectiva dicha *transformación*. Supuesto que, por cierto, y aun cuando no se trate de una cuestión especialmente relevante a los efectos de este dictamen, presenta dos características destacables: *i)* frente a la mera privación *automática* del escaño que contempla el art. 6.2, el procedimiento de privación del cargo o empleo público en este caso especial se asemeja mucho más a la *mecánica* de las incompatibilidades, puesto que el afectado tienen la ocasión de *optar* voluntariamente por retractarse o apartarse de forma expresa de su posición de defensa o identificación con los fines de los partidos políticos ilegalizados, y *ii)* en su proyección teleológica, la norma se circunscribe exclusivamente al contexto de la lucha contra el terrorismo, según se desprende de la exposición de motivos de la L.O. 3/2011, no existiendo a juicio de esta Fiscalía –en contra de lo que afirma la JEC– fundamento explícito alguno, s.e.u.o., para vincular esa reforma legal al “*fenómeno de corrupción política existente en ese momento*”, sin perjuicio de que el alcance literal del texto legal pueda permitir la (legítima) reconstrucción de la *voluntas legis* al margen o más allá de la *voluntas legislatoris*.

Así las cosas, el escrito de interposición concluye su línea argumental relativa a la falta de competencia de la JEC citando la STC 7/1992, que estimó el recurso de amparo interpuesto por un diputado de la Asamblea cántabra contra un acuerdo de su presidente que le había privado del escaño por haber sido condenado a una pena privativa de libertad. El Tribunal Constitucional consideró vulnerado el derecho fundamental a permanecer en su cargo representativo (art. 23.2 CE) porque “*no se siguieron los trámites previstos por el*

art. 160 LOREG” y sus concordantes en el reglamento parlamentario, que atribuye al Pleno de la Cámara, y no a su presidente, la decisión final sobre la declaración de incompatibilidad. En este contexto recuerda el recurrente que el Reglamento del Parlamento de Cataluña contempla en su art. 24 como causa de pérdida de la condición de diputado la condena a una pena de inhabilitación *impuesta por una sentencia judicial firme*, en términos similares a los que reproducen otros reglamentos parlamentarios.

Por último, el reproche de incompetencia que el actor formula frente a la JEC se completa con una objeción más, cuya base fáctica –al margen de posibles interpretaciones jurídicas del silencio normativo- también parece innegable: la LOREG no atribuye ni reconoce en ningún momento a la Junta Electoral Central (excepción hecha de lo que ocurre con las elecciones al Parlamento Europeo, *ex art. 224*, que precisamente por ello parece configurarse como una *norma especial*), facultades o competencia alguna para: *a)* anular por su propia autoridad las credenciales de los diputados que ya están ejerciendo su mandato y *b)* declarar vacantes sus escaños.

Como se puede observar, solo con asomarse a ese primer –y fragmentario- aspecto de la controversia suscitada por el recurso, el margen de debate jurídico sobre la cuestión competencial que plantea la parte actora –y que ya plantearon seis de los trece miembros de la JEC- resulta lo suficientemente abierto y complejo como para impedir que la pretensión deducida en el recurso pueda juzgarse rechazable *a limine* por manifiestamente infundada.

2. Junto a su extenso alegato relativa esta cuestión –la falta de competencia de la Administración electoral-, el escrito de interposición incluye (cabría decir que en algún pasaje *mezcla*) otros asuntos –incompetencia específica de la Junta Provincial de Barcelona por hallarse *casualmente* constituida para las Elecciones Generales, insuficiencia de los plazos para ejercitar la defensa, falta de imparcialidad de los miembros de la JEC- de entre los que cabe destacar –apartado 2.7- una más argumentada alegación relativa a la supuesta inaplicabilidad de la mentada causa de inelegibilidad/incompetencia del art. 6.2.b) LOREG en el caso de los diputados autonómicos. Cabe en efecto fijarse en ella porque, si bien a juicio de este Ministerio las objeciones de legalidad y/o constitucionalidad que el recurso opone al acto impugnado presentan *prima facie* una apariencia más frágil que la relativa a la competencia, incluyen sin embargo algunas líneas de debate que podrían eventualmente

conducir a una notable complicación –en el sentido de *complejidad procesal*- del presente procedimiento.

Así, la parte actora cita la STC 155/2014 en defensa de su tesis de que las incompatibilidades parlamentarias –con independencia de su fundamento o naturaleza, en particular de su configuración originaria como supuestos de *inelegibilidad*- son, en el caso de las cámaras parlamentarias autonómicas, materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Esta Fiscalía duda seriamente, en una inicial aproximación, de que el reconocimiento –en dicha sentencia- de una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas para determinar su propio régimen de incompatibilidades parlamentarias sea necesariamente excluyente de la aplicación de lo dispuesto en el art. 6 LOREG, que como recuerda la resolución recurrida tiene la naturaleza de *norma básica* (Disposición Adicional 1ª LOREG); pero es innegable que esta alegación, combinada con la cuestión, ya examinada, de la competencia para apreciar las incompatibilidades de los parlamentarios ya *elegidos*, al margen de su naturaleza originaria y de la norma que las establezca, permite atisbar una controversia de contenido constitucional. Este Ministerio no está sugiriendo con ello ni el acierto ni la viabilidad de ese planteamiento, sino –a los efectos que se dirán en el apartado siguiente- la posibilidad de que su incorporación al debate procesal de este procedimiento no sea descartable.

De igual modo, la invocación del derecho a la presunción de inocencia como obstáculo constitucional a la norma contenida en el art. 6.2.b) LOREG ofrece materia para otra reflexión de calado constitucional que no procede anticipar aquí, acerca de la incidencia de ese derecho en la aplicación de una norma electoral –*administrativa*, en definitiva- que genera un efecto *automático* de contenido material similar, si no idéntico, al de la ejecución *provisional* de una pena, y puede comportar la pérdida *definitiva* del cargo público al que afecta, incluyendo los de representación política. Igualmente, bajo la mención del derecho al *juez ordinario predeterminado por la ley* o a la *tutela judicial efectiva* que invoca el recurrente, puede subyacer en realidad un problema de constitucionalidad no necesariamente ligado a la específica defensa de tales derechos fundamentales, sino a otro encuadre constitucional como podría ser el de la dimensión y el contenido *material* del principio de *exclusividad* de la potestad jurisdiccional en su vertiente de *hacer ejecutar lo juzgado* (art. 117.3 CE).

Es preciso insistir en que esta Fiscalía no pretende abrir —ni tan siquiera sugerir— frentes de debate procesal que solo de manera implícita o derivada podrían suscitarse, hipotéticamente, a partir de los argumentos esgrimidos por el actor. Tan solo intenta poner de manifiesto que la complejidad potencial del presente procedimiento puede generar un marco de debate jurídico muy complejo, con diversas aproximaciones al problema de la constitucionalidad de las normas aplicables al caso. Sin olvidar, por otra parte, la insistencia de la parte actora en traer a colación el Derecho de la Unión Europea, que si bien resulta —al menos a juicio de esta Fiscalía— de muy dudosa aplicación *directa* en un supuesto manifiestamente ajeno a su ámbito material como es el de la pérdida del escaño de un diputado autonómico, puede y debe incidir sin duda, vía art. 10.2 CE, en la interpretación de las normas relativas al ejercicio y la restricción de los derechos fundamentales cuyo amparo se pretende a través del presente procedimiento.

En virtud de todo ello, la referencia del acuerdo de la JEC a la *literalidad* del art. 6 LOREG, o la mención a estos efectos de la sentencia de esa Excma. Sala de 1 de abril de 2019 (rec. casac. 5590/2017), que también se cita en el Auto de desestimación de la medida *cautelarísima*, no permiten abarcar en opinión de este Ministerio la integridad del debate suscitado en el recurso del Sr. Torra. En particular, puede observarse que la referida sentencia centraba el *interés casacional objetivo* del recurso que resolvía única y exclusivamente en el alcance material de las normas analizadas, llegando la Sala a la conclusión de que la *inelegibilidad/incompatibilidad* basada en una condena penal, aunque no sea firme, por rebelión, terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado que contempla el art. 6 LOREG en sus apartados 2 y 4 ha de entenderse, por razones de *ejemplaridad social*, extensiva a todos los empleos y cargos públicos, y no únicamente circunscrita a aquellos que el Tribunal sentenciador haya incluido en la condena de inhabilitación o suspensión. Cuestión esta que, salvo mejor criterio, no se discute en el presente procedimiento, en el que el recurrente no cuestiona el ámbito material de la *consecuencia jurídica* atribuida a la condena en el art. 6.2.b) LOREG (máxime cuando la propia JEC excluye de su esfera de decisión el cargo de presidente de la Generalidad), sino que lo que niega, como se ha visto, es que la JEC tenga competencia para aplicar ese precepto legal a un diputado que ya se encuentra en el ejercicio de sus funciones representativas, e incluso que dicha norma le sea aplicable en su condición de miembro de un parlamento autonómico.

Hay que sumar a todo ello que tanto el recurrente como la Administración electoral recurrida, como los vocales de la JEC que suscriben el voto particular, se muestran totalmente de acuerdo al menos en un punto: no existe un precedente exacto de aplicación del art. 6 LOREG a un supuesto como el que nos ocupa. Salvo error u omisión, la JEC *nunca* había decidido, directamente en ejercicio de su propia competencia, privar de su escaño a un parlamentario –ni de ámbito autonómico ni estatal- que ya se hallase en el ejercicio pleno de su mandato. Y, como se dijo, también es verdad, salvo error u omisión, que a diferencia de lo que dispone el art. 224 LOREG para las elecciones al Parlamento Europeo, ninguna norma de dicha ley electoral habilita expresamente a la JEC para declarar vacante un escaño y proceder de propia autoridad a la sustitución de su titular.

CUARTO.- Cuanto se ha expuesto en el apartado anterior tiene por único objeto -convendrá advertirlo una vez más- señalar que, a juicio del Fiscal, la pretensión del recurrente no puede ser descalificada *a limine*, ni está exenta de una complejidad notable que, como apuntaba el Auto de denegación de la medida *cautelarísima*, necesariamente ha de ser objeto de un debate de fondo.

Sentada, sobre la base de todo lo anterior, esa premisa, procede recuperar aquí el enunciado de los requisitos que esa Excma. Sala, a través de la jurisprudencia más arriba citada, exige como presupuestos de la adopción de una medida cautelar, para comprobar si su concurrencia permite y, en su caso, aconseja la suspensión solicitada.

a) Entiende esta Fiscalía que la **justificación o prueba de las circunstancias** que dan soporte a la pretensión cautelar se reconduce, en el presente supuesto, a la pública notoriedad de la situación generada por el Acuerdo de la JEC que recurre el actor. Con independencia de cómo se valore –según se verá más adelante- cada una de esas circunstancias, es notorio que la aplicación al Sr. Torra de lo dispuesto al art. 6.2.b) en relación con el art. 6.4 de la LOREG determina la pérdida de su condición de diputado y su exclusión del Parlamento catalán, sin perjuicio de la repercusión de ese hecho en su condición de presidente de la Generalidad de Cataluña, que el artículo 67.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña vincula –al menos en el momento del acceso al cargo- a la condición de parlamentario.

b) La **imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto** se ha puesto de manifiesto en los precedentes apartados, precisamente al exponer, en la línea ya reconocida y subrayada por esa Excma. Sala en su Auto de denegación de la medida *cautelarísima*, la complejidad del debate que encierra este procedimiento. La condición de proceso *sumario* que se vincula a su naturaleza especial (arts. 114 y ss. LJCA) no excluye ni desvirtúa esa evidencia, y sobre todo no permite descartar incidencias procesales –el propio Auto citado menciona la pretensión de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad- que compliquen aún más, en el aspecto propiamente procedimental, la extensión y amplitud de ese debate, y con él, del proceso mismo. De ahí que la interinidad de los juicios de valor sobre los que se puede sustentar en este trámite la posición favorable o desfavorable a la pretensión cautelar sea muy acusada. Si en el presente escrito esta Fiscalía se ha limitado a pergeñar los elementos de juicio que presentan una apariencia de viabilidad –con independencia de la ulterior conformación de una posición procesal más definida- es precisamente para poner de manifiesto esa imposibilidad de abordar con mayor precisión, en este momento, el proteico y complejo debate que puede suscitar la pretensión formulada. Al contrario, es precisamente esa complejidad, inicial y potencial, la que exige a juicio de este Ministerio una especial sensibilidad en la ponderación del resto de los factores determinantes de la necesidad –o no- de una suspensión cautelar.

A tal efecto, la *imposibilidad* mencionada por la jurisprudencia de esa Excma. Sala, que en realidad más bien parece un recordatorio de la *prohibición de prejuzgar*, en el presente caso, más que imponerse como tal restricción de acceso en profundidad al objeto del proceso, viene en realidad dada *de facto* y de antemano por la propia naturaleza, novedad y complejidad de dicho objeto procesal, que ya se apuntaban en el Auto de 10 de enero.

c) El análisis del *periculum in mora* exige asimismo algún matiz, que ya ha sido anticipado al anunciar el planteamiento global del presente informe. Entiende esta Fiscalía que el concepto de *irreparabilidad del perjuicio* no puede asimilarse, en un supuesto como el que nos ocupa, a una concepción estrictamente formal del aseguramiento de la efectividad del recurso. Dicho en otros términos, el que la pérdida de la condición de diputado que disfrutaba el Sr. Torra al ser condenado en sede penal pueda considerarse formalmente *reversible* en el hipotético caso de que su pretensión fuera estimada por esa Excma. Sala, no excluye por completo la *ineficacia práctica* del recurso si se vincula el

concepto de *eficacia* a la tutela de los derechos fundamentales cuya lesión se denuncia, y con la singular configuración -temporal por definición- del uno de esos derechos: el de participación pública, en su vertiente de *permanencia* en un cargo representativo al que se accede por sufragio universal.

El Auto de 10 de enero reiteradamente citado niega “*la irreparabilidad del daño que se intenta conectar [por el recurrente] como ‘periculum in mora’, a la eficacia del acuerdo, caso de que este no sea suspendido*” mediante la cita de la STS 844/2019, de 18 de junio, y el Auto de 16 de julio de 2018 dictado en el mismo procedimiento. En aquel supuesto la Sala acordó efectivamente, primero –en el auto reseñado- la suspensión cautelar del acuerdo de emisión de credenciales a favor de quienes debían sustituir a dos concejales condenados en la Jurisdicción penal, y después –en la sentencia- la anulación de dichas credenciales. La adopción de la medida cautelar y la subsiguiente resolución de fondo fueron consecuencia directa, según expresamente se hacía ver en el auto, de que mientras se tramitaba el proceso contencioso-administrativo el Tribunal Constitucional había estimado un recurso de amparo de los implicados, anulando la sentencia condenatoria. Constatada la nulidad del acto desencadenante de la actuación de la JEC, se generaba, por consiguiente, una situación claramente subsumible en el ámbito excepcional de aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris*, como se dirá al examinar la concurrencia de este elemento. En este sentido hay que destacar que la jurisprudencia clásica de esa Excm. Sala no vincula de manera exclusiva –como también se dirá- la adopción de medidas cautelares a la constatación del *fumus boni iuris* en términos que prácticamente permiten asegurar anticipadamente que la sentencia será estimatoria –o desestimatoria, según los casos- del recurso, como sucedía en el supuesto descrito. Al contrario, advierte sobre la necesidad de una *prudente aplicación* de ese criterio.

Lo determinante, por tanto, era que en el caso citado, según razonaba el Auto, “*una denegación de la medida cautelar puede afectar a la finalidad legítima del recurso en la medida en que la eficacia jurídica de las credenciales perturbe el funcionamiento ordinario de la Corporación local. Y, en una ponderación de los intereses en conflicto, entendemos que este último, que coincide con el de los recurrentes, debe prevalecer*”.

En esa misma línea, resulta innegable que la jurisprudencia clásica de esa Excm. Sala en materia de medidas cautelares, que ya ha sido objeto de sucinta reseña, no solo incluye como presupuesto de la suspensión la producción de un efecto *irreparable e*

irreversible impeditivo *absolutamente* del fin legítimo del recurso, sino también los casos en que la no adopción de la medida puede generar una “*dificultad* o imposibilidad de reversión”. Cabe por consiguiente acudir a la suspensión, incluso con carácter de urgencia, “...en cuanto la tutela cautelar de las pretensiones del recurrente podría verse perjudicada o *dificultada notablemente* si, atendida la naturaleza y alcance del acto impugnado, hubiera de aguardarse, para su adopción, a la tramitación ordinaria del incidente cautelar” (ATS 23-12-2013, rec. 512/2013). La decisión del Tribunal ha de basarse, por tanto, en la “apreciación de daños y perjuicios *de difícil* o imposible reparación” (ATS 13-01-2014, rec. 512/2013).

La mención del referido Auto de 16 de julio de 2018 a la *perturbación del funcionamiento ordinario* de la institución afectada resulta en consecuencia muy relevante a los efectos del presente procedimiento, por más que, como advertía la Sala en el Auto de 10 de enero, no se plantee una situación absolutamente irreversible, y que, como ya se ha explicado, la previsible sucesión de acontecimientos en este caso concreto justificara en efecto un rechazo de la medida *cautelarísima*. Pero una vez en marcha la ejecución del acto recurrido, como también es público y notorio, la producción de efectos prácticos –la adjudicación del escaño del Sr. Torra a otra persona- no puede ser negada como posibilidad inminente, idéntica a la precavida en el referido Auto. E incluso cabe temer (atendiendo nuevamente a la *notoria* realidad sociopolítica) una *dificultad* aún mayor para la solución de la controversia objeto del presente procedimiento, concretada en la deriva hacia un conflicto institucional/constitucional en el seno del Parlamento de Cataluña o entre esta institución y la Administración electoral, susceptible de generar una o varias controversia/s judicial/es paralela/s.

Lo significativo a los efectos que aquí importan es, no obstante, que, como se ha dicho, la ejecución del acuerdo de la JEC impugnado comporta, en recta aplicación del Derecho y en los términos en que se ha materializado en la parte dispositiva de dicho acuerdo, la privación inmediata y definitiva del escaño que ocupa el Sr. Torra en el Parlamento catalán y su asignación al siguiente candidato de la lista electoral en la que fue elegido. De ahí que, incluso dejando al margen, en una apreciación estrictamente formal del perímetro jurídico del presente procedimiento, cualquier valoración o pronóstico de orden político-institucional como los que se acaban de apuntar, resulte evidente que la

situación de *riesgo de perturbación* es similar a la detectada en el recurso 252/2018 que cita el Auto de 10 de enero.

Pero además concurre en este caso –y en el enjuiciado en el recurso 252/2018, aunque entonces no se hiciera referencia a ello- un factor, ya sugerido en el presente escrito, que a juicio de este Ministerio no puede desvincularse de la *dificultad* de reversión de la ejecución del acto impugnado, si eventualmente se produjera a un fallo favorable a la pretensión del actor. Se trata de la *temporalidad* del cargo del que se priva al actor, circunscrita a la duración de una legislatura del Parlamento de Cataluña que se inició a raíz de las elecciones celebradas en diciembre de 2017 y que, por tanto, se halla aproximadamente en la mitad de su duración normal, si no se produjera una disolución anticipada de la Cámara. Una sentencia favorable al recurrente determinaría una privación en principio temporal y reparable o reversible de su condición de diputado (como apunta la Sala en su Auto de 10 de enero), pero no se puede dar la espalda a la evidencia de que, en la práctica, el ejercicio de su mandato, en función de la duración del proceso, podría verse notablemente recortado o incluso desvirtuado por completo, conforme el transcurso del tiempo fuera restando margen residual para, en suma, el disfrute y ejercicio efectivo del derecho fundamental que invoca.

Se pone aquí de manifiesto la importancia –que permitirá ahora explicar con más claridad la insistencia de esta Fiscalía en la complejidad de algunos aspectos del objeto de este proceso- de señalar que eventuales incidencias como pueda ser el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (no descartada *a priori* por la Sala en su Auto de denegación de medidas *cautelarísimas*), comportaría muy probablemente un tiempo de tramitación –suspensión incluida- del proceso próximo en extensión, si no superior, al del tiempo restante de la legislatura. En este punto el Ministerio Fiscal entiende que no pueden dejar de valorarse las alegaciones que, a tal propósito, formula en la parte final de su escrito de interposición la parte actora, con cita del ATC 981/1988, y que ponen de manifiesto no solo la especial relevancia, a efectos de tutela, de la función de representación política que emana, en forma de derecho fundamental subjetivo del recurrente, del art. 23 CE, sino también la incidencia simétrica en esa relación de representación desde la perspectiva de sus votantes.

Además, en este caso concurre otro elemento agregado al terreno de la posible *perturbación* generada por la ejecución efectiva e inmediata del acuerdo recurrido. Se

trata del vínculo entre la condición de diputado al Parlamento catalán y la de presidente de la Generalidad de Cataluña que, como ya se ha dicho, queda claramente establecida en el art. 67.2 del Estatuto de Autonomía. El hecho de que la propia Junta Electoral Central excluya del ámbito de su competencia cualquier decisión relativa a ese asunto, no obsta a la obviedad de que la probable controversia parlamentaria y la eventual secuela jurisdiccional constitucional que de ella pudiera derivar se verían sencillamente conjuradas de antemano mediante la suspensión cautelar que solicita el recurrente. En términos de proporcionalidad referida a la producción de efectos (por más, hay que insistir, que una visión esencialmente formal ubique algunos de esos efectos fuera del marco procesal de este pleito) esa suspensión se ajustaría sin duda al propósito legal –descrito en la doctrina de esa Excm. Sala- de evitación de una *dificultad* grave en forma de *perturbación del funcionamiento ordinario* de la institución afectada.

d) La constatación de un posible *periculum in mora* caracterizado en los términos que se acaban de exponer no resulta ajena, por otra parte, a la aplicación del **criterio de ponderación de los intereses concurrentes**, que en buena medida ya ha sido anticipada al exponer en los apartados precedentes de este escrito las alternativas hermenéuticas que las partes han defendido hasta este momento procesal en apoyo de sus respectivas posiciones.

El interés público inherente al cumplimiento de la ley, y en particular de una norma como la contenida en el art. 6.2 LOREG, que de manera taxativa y nítida pretende la exclusión de la actividad pública –y en particular de la representación política- de las personas condenadas en sede penal por determinadas conductas *no ejemplares*, se contrapone al interés también público, y de no menor entidad, de preservar simultáneamente la relación de representación política definidora del sistema democrático y la división constitucional de poderes, que incluye la salvaguarda de la potestad parlamentaria (*soberana* en su estricto ámbito de competencia que la Constitución delimita), atribuida de forma exclusiva y excluyente por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía a cada una de las asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas, incluido evidentemente el Parlamento catalán. Como ya se ha dicho, la argumentación que en este punto concreto incorpora el actor a su escrito de recurso excusa la reiteración de una doctrina jurisprudencial –en particular del Tribunal Constitucional- que destaca el valor preponderante del principio de representación política democrática, decisivo en la legitimación de la actividad parlamentaria y configurado como *ius ad*

officium y también *ius in officium* de quienes la ejercen. Y la especial consideración de la *duración* del mandato como factor de delimitación temporal del ejercicio del derecho fundamental tampoco puede desdeñarse –entiende esta Fiscalía- a la hora de ponderar ambos intereses.

Conviene en este aspecto señalar que la referencia, incuestionablemente atinada, que esa Excm. Sala hace en su Auto de 10 de enero a la naturaleza sumaria del presente procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales permite, en orden a esta decisión sobre la suspensión cautelar del acto recurrido, una lectura complementaria.

En efecto, la duración previsiblemente breve del proceso ofrece un argumento contrario a la necesidad de suspensión, basado en la primacía del interés del cumplimiento del art. 6 LOREG, puesto que un eventual resultado favorable al actor no supondría la pérdida definitiva, ni aun un perjuicio extremadamente significativo del disfrute de su derecho. Pero, aun dejando aparte los ya expuestos riesgos de complicación que pudieran alargar la tramitación del proceso, y el elemento añadido de la temporalidad singular del cargo del que se trata de privar al recurrente –relativamente acuciante, en cuanto la legislatura se encuentra en trance de exceder su mitad-, lo cierto es que la propia celeridad del procedimiento especial, en caso de hallar reflejo efectivo en la realidad, podría valorarse inversamente como un factor favorable a la suspensión. La espera relativamente corta de la solución definitiva –existiendo, entiéndase, motivos para contemplar como posible una decisión favorable al recurrente- preservaría, en efecto, tal y como expone el recurrente, la interpretación de las normas que resulta más favorable al disfrute del derecho fundamental controvertido, pero también tendría asegurada en todo caso, de resultar finalmente desestimado el presente recurso, la cabal ejecución de lo dispuesto en dichas normas, no solo mediante el efectivo apartamiento del escaño a partir de ese momento, sino garantizando además en su plenitud la originaria inelegibilidad *ad futurum* del condenado. De manera que el daño para el interés público consistente en la aplicación inmediata del art. 6.2.b) de la LOREG se vería en realidad circunscrito al mero aplazamiento temporal de sus efectos, mientras que, por el contrario, las consecuencias afectantes al interés del actor incluyen una probabilidad de pérdida definitiva –o agotamiento muy sustancial desde la perspectiva temporal- del ejercicio de su derecho fundamental de representación política y de sus votantes a ser representados precisamente por ese candidato, nada de lo cual es ajeno al interés público. Como no lo es el

funcionamiento *ordinario* y *sin perturbaciones* de la institución parlamentaria (perturbaciones como las previsiblemente derivadas del proceso de sustitución de un diputado por otro, más la eventual reversión posterior –factible, como advierte la Sala en su Auto de 10 de enero- de esa situación, en los términos apuntados por el también citado Auto de 16 de julio de 2018, rec. 252/18). Y todo ello, cabe insistir, incluso dejando al margen cualquier conflicto derivado del nexo entre la condición de diputado y la de presidente de la Generalidad de Cataluña, que como se ha dicho la propia resolución de la JEC situó extramuros del presente procedimiento.

De todo lo expuesto se desprende, a juicio de esta Fiscalía, que la ponderación de los diversos intereses en juego permite en este caso favorecer el aseguramiento -meramente temporal- de la concurrencia de intereses públicos ya examinados que se vinculan al derecho fundamental de representación política en el marco del ordinario funcionamiento parlamentario, sin que con ello quiebre la máxima, recogida en la jurisprudencia citada *supra*, según la cual “*cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto*”

e) Por último, la lectura de la jurisprudencia citada en el fundamento de derecho segundo de este escrito obliga a reconocer que no se dan en el presente supuesto los requisitos caracterizadores del elemento del *fumus boni iuris* en la concepción estricta que la moderna doctrina viene empleando al invocar ese concepto.

Pero la advertencia de esa Excm. Sala sobre la necesidad de cautela en el empleo de ese criterio pone de manifiesto que la contundente *apariencia de buen derecho*, basada en presupuestos como la nulidad manifiesta de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, la existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme o la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, se configura en realidad como un catalizador cuasi-automático de la medida cautelar, ligado a la altísima probabilidad de que la sentencia se produzca en un determinado sentido. Precisamente por eso el *fumus boni iuris* no constituye en la vigente LJCA, como se ha visto, un elemento de preceptiva constatación para poder adoptar una medida cautelar. Semejante exigencia, lejos de concebir esta clase de medidas, atendiendo a la exposición

de motivos de la Ley, como manifestación normal de la tutela judicial efectiva, las convertiría en una rara posibilidad –una *excepción* de la que el legislador reniega de modo explícito- ligada a circunstancias tan relativamente inhabituales como las que, de la mano de la jurisprudencia citada, se acaban de enumerar.

Por eso nada impide que, al margen de la exigente configuración de este *canon* de factura jurisprudencial, en aquellos supuestos en que no concurren tan específicas circunstancias puedan examinarse *prima facie* y de manera interina, como se ha hecho en el apartado tercero de este escrito, las probabilidades de que la pretensión del recurrente pueda resultar total o parcialmente viable, y, en paralelo, las posibilidades de que un fallo favorable a sus tesis pueda verse plenamente privado de eficacia práctica o gravemente desvirtuado a consecuencia del transcurso del tiempo, máxime si concurren factores que pueden determinar una especial complicación del tracto procesal.

Con arreglo a todo ello, el precedente análisis de los indicios de viabilidad –o mejor dicho, de no *manifiesta inviabilidad*- del recurso y la constatación de un *periculum in mora* en los términos examinados, junto a la expuesta ponderación de los intereses públicos concurrentes, el modo en que pueden resultar contradictoriamente afectados y la intensidad de esa afectación, conducen a esta Fiscalía, en orden a la prudente y equilibrada preservación de tales intereses dentro del complejo contexto que se ha descrito, a considerar asumible la pretensión de la parte actora.

Por lo expuesto,

El Fiscal **NO SE OPONE** a la medida cautelar de suspensión solicitada por el recurrente.

Madrid, 17 de enero de 2020

El Fiscal de Sala,

Fdo: Pedro Crespo Barquero