



Roj: **STS 1744/2004 - ECLI:ES:TS:2004:1744**

Id Cendoj: **28079130042004100585**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/03/2004**

Nº de Recurso: **6127/2001**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil cuatro.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 6127/01, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Sofía , contra auto, de fecha 18 de mayo de 2001, dictado por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares , en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 714/2000, por el que se desestimaba el recurso de súplica interpuesto contra el anterior auto de la misma Sala, de 17 de enero de 2001 , por el que se denegaba la petición de suspensión de los acuerdos del Ayuntamiento de Porreres (Mallorca); uno, de fecha 26 de junio de 2000, por el que se acordaba la recuperación posesoria del camino de uso público "travessia de DIRECCION000 ", y otro, de fecha de 29 de diciembre de 1997, de rectificación del inventario. Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Porreres, representado por el Procurador de los Tribunales don Mario Villegas Herencia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo núm. 714/2000 seguido ante la Sala de dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, se dictó auto, con fecha 17 de enero de 2001 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "1r.- Desestimar el recurso de súplica aixecat contra lacte de 17 de gener de 2001, que, a la vegada, va desestimar la petició de suspensió a la present peça separada -actuacions 714 de 2000-, el cual confirmem. 2n.- No shi fa una expressa imposició de costes processls".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de doña Sofía , se preparó recurso de casación y, teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.

TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 21 de noviembre de 2001 formaliza el recurso de casación e interesa se revoque y anule el auto recurrido, dictando otro por el que se acceda a la solicitud de suspensión del acuerdo municipal impugnado.

CUARTO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Porreres formalizó, con fecha 16 de junio de 2003, escrito de oposición al recurso de casación interesando auto por el que se desestime el recurso y se confirme el auto recurrido en todos sus extremos.

QUINTO.- Por providencia de 2 de diciembre de 2003, se señaló para votación y fallo el 10 de marzo de 2004, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo, Magistrado de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



PRIMERO.- El recurso de casación se basa en cuatro motivos. Los tres primeros son por infracción del artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en adelante ).

a) En el primero, por infracción del artículo 130.1 LJCA , se sostiene que la ejecución del acto municipal impugnado haría perder la finalidad legítima del recurso interpuesto contra el mismo.

b) En el segundo motivo, por infracción del artículo 130.2 LJCA , se aduce que no se ha ponderado [los autos de instancia no han ponderado] si la adopción de la suspensión implica o no perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

c) En el tercero, por infracción del artículo 130 LJCA , se sostiene que no se han ponderado debidamente [por los autos recurridos] los intereses en conflicto.

El cuarto motivo es por infracción de la doctrina de la apariencia de buen derecho, reiteradamente establecida en autos, entre otros muchos, de 22 de marzo de 1996, 7 de junio de 1996, 14 de mayo de 1992 , que se citan en relación con las sentencias de 5 de diciembre de 1983, 3 de octubre de 1984 y 6 de junio de 1988 , "sobre la naturaleza privilegiada y excepcional de la recuperación posesoria de oficio de los Ayuntamientos.

SEGUNDO.- Los postulados teóricos de los motivos enunciados son sustancialmente acordes con la jurisprudencia de esta Sala sobre la naturaleza y régimen de las medidas cautelares en el proceso administrativo.

La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, 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 o, como dice expresivamente el art. 129 LJCA , «asegurar la efectividad de la sentencia». Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar y el art. 130 LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquél en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994 , la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la "justicia cautelar" tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE («Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»), así como también los artículos 82.6 y 153.c) CE .

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el relativo a las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental , de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo o la suspensión de la vigencia de la disposición reglamentaria deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956 , cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho en la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 . Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990 , principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón". El propio Auto advierte que ello supone una nueva forma de entender el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción derogada: "el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos".

TERCERO.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta



la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. Criterios que, según la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTs 15 de septiembre, 10 de noviembre y 4 de diciembre de 2003 ), pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) 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 limitado 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 ).

b) 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. No obstante, 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.

c) 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: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica.

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 Ley de la Jurisdicción de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del fumus bonis iuris, como tampoco lo hace la vigente 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).



CUARTO.- La adecuada proyección de los principios expuestos a los autos dictados en instancia que se revisan en el presente recurso de casación no permiten acoger los motivos en que éste se fundamenta por las razones que a continuación se exponen:

a) Se alega, en el primero de los motivos, para justificar que la ejecución del acuerdo municipal "hace perder, de modo definitivo e irreparable, la finalidad legítima del recurso interpuesto contra el mismo" ya que dicho acuerdo divide en dos la finca constituida por la casa palacio del siglo XVIII, propiedad de la recurrente, cuya construcción originaria data del siglo XIII. Más, parece procedente, distinguir la casa palacio, propiamente dicha, y lo que se califica de "pertenencia de la casa- palacio", ya que si la intangibilidad de aquélla debe ser, en todo caso, asegurada durante la pendencia del proceso frente a una actuación administrativa que la afectase de manera irreversible o grave, no ocurre lo mismo con respecto de un terreno, camino público o no, que, se reconoce utilizado, al menos ocasionalmente, por algún vecino, en relaciones de buena vecindad, "ya que las barreras existentes a su entrada y salida no tenían candado hasta fecha reciente". Es cierto que se aducen también perjuicios para la explotación agrícola y ganadera "que podría incluso en peligro su continuidad", más no existe acreditación, ni siquiera indiciaria, sobre este riesgo, por lo que, al menos, no resulta ilógica la conclusión a que llega la ponderación efectuada por el Tribunal de instancia, al afirmar que el mantenimiento de los acuerdos municipales "no son susceptibles de poder provocar unos perjuicios palpables a la parte actora"; entendido ello en el sentido que requiere el artículo 130 LJCA, esto es, con la entidad necesaria para hacer perder la finalidad del proceso encaminado a negar la condición pública del camino discutido, recuperar la posesión excluyente del mismo y, materialmente, a la instalación de candado que impida el tránsito público. Ello, naturalmente, si perjuicio del derecho, en su caso, de reclamar, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad, la indemnización económica que resultase procedente por los daños que pudieran haberse causado, si resultare indebido el tránsito público durante la sustanciación del proceso.

b) En el segundo y tercer motivo se alega que no se ha considerado si la adopción de la suspensión implica perturbación grave a los intereses generales o de tercero, y que tampoco se ha efectuado una ponderación debida de los intereses en conflicto, como exige la jurisprudencia. Se argumenta, sobre todo, que la utilidad del camino que se pretende recuperar de oficio no es otra que la unir los caminos de DIRECCION000 y Son Mesquida que queda garantizada por el camino de uso público situado a 150 metros más abajo en dirección de Porreres y que une también dichos caminos; y que de acuerdo con la doctrina de esta Sala, se ha de considerar en qué medida el interés público exige la ejecución del acto administrativo, para otorgar con mayor o menor amplitud la suspensión cautelar.

Ahora bien, de una parte, la plena alternatividad de la solución de paso vecinal por otro camino público existente, no deja de ser una afirmación sin suficiente contraste probatorio. Y de otra, no es posible negar que los autos recurridos hacen una valoración, aunque genérica, de los intereses en concurrencia cuando señalan que sin unos perjuicios "palpables a la parte actora" han de considerarse preferentes los intereses generales cuando entran en un conflicto real con intereses particulares por muy respetables que puedan ser. O, dicho en otros términos, sin acreditar otras consecuencias que la falta de plena disponibilidad posesoria del terreno que se reivindica por la Administración como camino público durante la sustanciación del proceso, no merece la consideración de arbitraria una ponderación judicial en instancia de los intereses en conflicto que se inclina por los públicos frente a los de la propiedad que parecen, en principio, susceptibles, en su caso de ser reparados. Así resulta también del criterio mantenido por esta Sala en sentencia de 16 de septiembre de 1993, precisamente en relación con la recuperación de camino, al señalar que la Sala de instancia hace la valoración adecuada cuando comprueba si se acreditan o no daños y perjuicios que sean de difícil o imposible reparación o si afectan o no a la eficacia del fallo que sobre el fondo pueda recaer.

c) En el cuarto y último de los motivos se invoca la doctrina de la apariencia del buen derecho, señalándose que la jurisprudencia de esta Sala exige, para que proceda la recuperación de oficio ejercida por las Corporaciones Locales sobre determinados bienes, acreditar: 1º) el uso público inveterado de los bienes de que se trate; y 2º) la perturbación reciente de dicho uso público. Y, en el presente caso, no existe prima facie ningún elemento fáctico ni jurídico que determine la prueba completa y acabada que se exige sobre dichos extremos.

Ahora bien, la el Tribunal a quo, en los autos recurridos, ya señala que "la condición del camino está sometida ahora a la consideración del fondo del asunto". Y ya hemos adelantado el ámbito en el que la más reciente jurisprudencia ( STS de 16 de septiembre de 2003 y las en ella citadas) hace aplicación decisiva de la doctrina del *fumus bonis iuris*: actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, 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. Y resulta claro que ninguno de dichos supuestos es el que se nos ofrece en la argumentación del motivo, que más bien se refiere a una apreciación anticipada de la prueba referida a la acreditación de los elementos fácticos a que se condiciona la procedencia de la recuperación de oficio por un Ayuntamiento de un determinado terreno.



QUINTO.- Las razones expuestas justifican el rechazo de los motivos de casación y la consecuente desestimación del recurso, con imposición legal de las costas a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español,

#### **FALLAMOS**

Que, con desestimación de los motivos invocados, debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Sofía , contra auto, de fecha 18 de mayo de 2001, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares , en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 714/2000; con imposición de las costas procesales causadas a dicha recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido, la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, Don Rafael Fernández Montalvo, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEMPOS