



Roj: **STS 1800/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1800**

Id Cendoj: **28079130052013100134**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/04/2013**

Nº de Recurso: **5972/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Abril de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 5972/2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Marta Franch Martínez, en nombre y representación de la mercantil Taramparo, S.L., contra el auto de 21 de julio de 2011, confirmado en súplica por el de 18 de octubre de 2011 de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso- administrativo nº 432/2011.

Ha sido parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la Administración General del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La representación procesal de la mercantil Taramparo, S.L. interpuso con fecha 19 de mayo de 2011 recurso contencioso-administrativo ante la Sala de instancia contra la Resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares de 9 de marzo de 2011, que decretó el desahucio administrativo de una parcela de dominio público portuario correspondiente a la antigua parcela nº 9 de La Solana, Puerto de Mahón, Menorca, Baleares, por considerar la Administración que el ocupante de dichas instalaciones carecía de título habilitante.

**SEGUNDO** .- Habiendo solicitado la parte recurrente la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas, se sustanció la correspondiente pieza separada de medidas cautelares. El día 21 de julio de 2011 el Tribunal "a quo" desestimó la petición de suspensión. Interpuesto recurso de súplica contra ese auto, fue desestimado por nuevo auto de 18 de octubre de 2011.

**TERCERO**.- Contra estas resoluciones se preparó, primero, ante el Tribunal "a quo", y se interpuso, después, ante esta Sala, recurso de casación por la misma parte recurrente, alegando dos motivos, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998. Y solicitando que se estime el recurso, se case la sentencia y se declare la suspensión de las resoluciones impugnadas.

**CUARTO** .- Mediante providencia de 31 de mayo de 2012 se acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto, remitiéndose las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala para su resolución.

**QUINTO**.- El Abogado del Estado formaliza escrito de oposición al recurso, mediante escrito de 17 de julio de 2012, solicitando que se declare que no ha lugar al mismo y se impongan a la parte recurrente las costas del proceso.

**SEXTO**.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 9 de abril de 2013 en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



**PRIMERO.**- Las resoluciones recurridas en casación denegaron la suspensión cautelar de la Resolución de la Autoridad Portuaria de Baleares de 9 de marzo de 2011, de desahucio administrativo de la vivienda, edificaciones e instalaciones adyacentes ubicadas en la parcela nº 9 de La Solana, Puerto de Mahón (Menorca) por considerar la Administración que había finalizado el plazo concesional y el ocupante de dichas instalaciones carecía, por tanto, de título habilitante.

En el Auto de 21 de julio de 2011, basó la Sala de instancia la denegación de la cautelar, en cuanto ahora interesa, en que *"el derecho del recurrente a la suspensión solicitada depende, en primer lugar, de la irreversibilidad o irreparabilidad de los inconvenientes o perjuicios derivados de la ejecutoriedad del acto impugnado. Ningún perjuicio irreparable ha de causarle que el recurrente desaloje la parcela e instalaciones de dominio público portuario que ahora ocupa sin título alguno por haber expirado el plazo concesional que acabó el 22 de febrero de 2010. En caso de obtener sentencia favorable siempre es posible recuperar dicha ocupación material si se encontraran vacantes esos bienes, o, en su caso, la indemnización económica sustitutoria si estuviese ocupada por tercero. En la ponderación de los intereses en conflicto frente a los perjuicios alegados por la parte, están los generales y públicos representados en la disponibilidad que la Autoridad portuaria ha de tener sobre los bienes inmuebles sujetos al dominio portuario, de forma que ese interés es absolutamente preferente al del recurrente y además con grado máximo de intensidad"* .

A su vez, en el Auto de 18 de octubre siguiente añadió el Tribunal, en síntesis, que no se apreciaba en la actuación administrativa impugnada en el proceso ninguna causa de nulidad tan evidente y ostensible como para justificar la adopción de la medida cautelar, que los intereses generales en juego debían prevalecer sobre los particulares de la recurrente, y que si procediese una nueva concesión y así la obtuviese la parte, la nueva ocupación siempre sería posible, de forma que el recurso no perdería su finalidad. Y si no fuese posible por estar ocupada por tercero, el perjuicio ocasionado por haber sido desahuciado sería indemnizable por la vía económica, por lo que no se crean perjuicios irreparables o irremediables.

**SEGUNDO** .- El recurso de casación se construye sobre dos motivos, ambos formalizados al amparo del artículo 88.1.d) de nuestra Ley Jurisdiccional .

El primero denuncia la infracción de los artículos 129 y 130 de la misma Ley , en relación con al doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen Derecho para la adopción de la medida cautelar solicitada. Insiste la parte recurrente en que la orden de desahucio impugnada en el proceso está incurso en una evidente causa de nulidad de pleno derecho, ya que no ha ido precedida de la tramitación y aprobación del expediente de **deslinde** y la segregación de los metros cuadrados que se encuentran dentro del dominio público. También considera la parte recurrente que la cláusula 13 del título concesional vulnera los artículos 33, 24 y 9.3 de la Constitución , y añade que las cláusulas nulas de un acto o contrato administrativo se tienen por no puestas y no pueden surtir efecto alguno.

El segundo denuncia la vulneración del artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional , ya que concurren perjuicios de imposible o difícil reparación, dimanantes de la ejecución del acto recurrido. Conviene reparar, se indica, que lo que pretende la autoridad portuaria es la demolición de la vivienda a que se refiere el recurso contencioso-administrativo.

**TERCERO** .- En recientes sentencias de esta Sala y Sección de 5 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 6050/2011 ) y 18 de octubre de 2012 (recurso de casación nº 5976/2011 ) hemos desestimado sendos recursos de casación con un objeto sustancialmente igual al presente.

Recordemos que en dichas sentencias resolvimos las casaciones interpuestas contra los autos que también denegaron la suspensión cautelar de las resoluciones de la misma Autoridad Portuaria, respecto de otras parcelas en la misma situación. En concreto, la parcela nº 10 de la Solana en el puerto de Mahón (recurso de casación nº 6050/2011) y las parcelas 6,7 y 8 también de la Solana (recurso de casación nº 5976/2011).

De modo que al igual que hicimos entonces, también ahora hemos de declarar no haber lugar a este recurso de casación, por las razones que expondremos a continuación.

**CUARTO** .- Con carácter general, las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del proceso.

Dicho en términos legales, las medidas pretenden *" asegurar la efectividad de la sentencia"* ( artículo 129 de la LJCA ). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el *" periculum in mora "*, se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional , cuya infracción se aduce, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que *" la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso"*



". La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

Debe subrayarse, a estos efectos, que la decisión cautelar ha de ponderar la medida en que el interés público demanda la ejecución, para adoptar la suspensión cautelar en función de la intensidad de los intereses públicos concurrentes. Esta operación jurídica en virtud de la cual se valoran, sopesan y ponderan los intereses en juego comprende tanto los intereses públicos como los de carácter privado, así como el contraste entre los diversos intereses públicos concurrentes, como acontece en este caso.

Por tanto, la decisión cautelar ha de asentarse en el resultado de dicha valoración de los intereses en conflicto, como dispone el artículo 130.1 de la LJCA que exige para su adopción la "*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*"; y en lo que se insiste en el apartado segundo del mismo artículo 130 cuando declara que la valoración ha de hacerse "*en forma circunstanciada*".

**QUINTO** .- Acorde con la doctrina que hemos expuesto en el fundamento anterior, debemos adelantar que ningún reproche puede hacerse a las resoluciones impugnadas. Así es, el auto de 21 de julio de 2011 aborda la pérdida de finalidad del recurso en el razonamiento tercero al señalar que el daño no es irreversible ni irreparable respecto de los perjuicios derivados de la ejecución de los actos recurridos. De modo que el desalojo por la expiración del plazo de la concesión permite que si se obtiene una sentencia favorable, según señala el razonamiento tercero de dicho auto, se pueda "*recuperar dicha ocupación material si se encontraran vacantes esos bienes, o en su caso, la indemnización económica sustitutoria si estuviere ocupada por tercero*".

También en dicha resolución de 21 de julio, se hace una ponderación de los intereses en conflicto pues en el mismo razonamiento tercero "*in fine*", se identifica el interés público que subyace en esa ponderación o valoración circunstanciada de intereses, al señalar que los intereses públicos se integran por la disponibilidad que ha de tener la autoridad portuaria de los bienes inmuebles sujetos al dominio portuario, que es un interés de mayor intensidad que el de su ocupación por el recurrente.

En definitiva, la resolución recurrida no sólo hace una adecuada aplicación de la doctrina del "*periculum in mora*" respecto de la pérdida de finalidad del recurso derivada de la ejecución, sino que acierta en la valoración circunstanciada de intereses en conflicto, atendida la relevancia de los intereses públicos que subyace en el dominio público portuario y el carácter no irreversible de los perjuicios que invoca la recurrente.

**SEXTO** .- Las referencias, por otro lado, a la cuestión de fondo, centradas en la nulidad de la cláusula 13 del título concesional, no pueden ser consideradas por esta Sala, pues resultan impropias del incidente cautelar en el que se dictan las resoluciones impugnadas.

Así es, según jurisprudencia reiterada y uniforme, venimos declarando que la doctrina de la apariencia de buen derecho basada en la nulidad del acto impugnado, como causa determinante de la suspensión cautelar, ha sido acogida por la Sala en casos muy específicos. Se trataba de supuestos en los que resultaba "*ab initio*" de manera manifiesta y evidente esa apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración, o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos, por lo que era obligado concluir que la misma sentencia estimatoria se repetiría en el caso contemplado por la solicitud de suspensión.

Nada de eso ocurre en el supuesto que ahora analizamos, dado que las causas de nulidad invocadas por la recurrente no resultan ni evidentes por sí mismas, ni son ostensibles y manifiestas en razón al contexto, por lo que su eventual concurrencia sólo podrá ser apreciada tras el imprescindible debate procesal entre las partes. En definitiva, mal puede sostenerse la existencia de una apariencia de buen derecho que sostenga la medida cautelar solicitada por la parte recurrente, cuando los precedentes avalan, precisamente, la solución contraria a la que postula la recurrente.

En consecuencia, procede desestimar los motivos de casación y declarar no haber lugar al recurso.

**SÉPTIMO**.- Se imponen a la recurrente las costas procesales del recurso de casación ( artículo 139.2 de la LRJCA ). Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley , se determina que el importe de los honorarios del Abogado del Estado no podrá rebasar la cantidad de 2.000 euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

## FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de "Taramparo, S.L.", contra el Auto de 21 de julio de 2011 , confirmado en súplica por el de 18 de octubre de 2011, de la Sala de lo



Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 432/2011 . Se imponen las costas causadas en el recurso a la parte recurrente, con el límite fijado en el último fundamento de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D<sup>a</sup> Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ