

**Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de Abril de 2012 (rec.154/2012).**

---

**Encabezamiento**

**AUTO**

En la Villa de Madrid, a doce de abril de dos mil doce.

**HECHOS**

**PRIMERO.-** D<sup>a</sup>. Asunción , D. Moises y D. Torcuato interpusieron, en fecha de 6 de febrero de 2012, Recurso Contencioso-administrativo 154/2012 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de 16 de septiembre de 2011, por el que se estima en parte el recurso de reposición interpuesto por **D<sup>a</sup>. Francisca** contra el anterior Acuerdo de la misma procedencia, adoptado en la sesión del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2007 por el que se impuso a la recurrente una sanción de multa por importe de 300.506,06 euros, así como la obligación de indemnizar por los daños causados al Dominio Público Hidráulico en la cantidad de 72.576,66 euros, e, igualmente, la obligación de retirar en el plazo de quince días todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas con advertencia de ejecución subsidiaria; todo ello como consecuencia de haber derivado aguas del Caño Guadiamar hacia la parte sur del mismo en la FINCA000 , en el término municipal de Aznalcázar (Sevilla).

La estimación parcial del recurso de reposición resuelto por el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de 16 de septiembre de 2011, consistió en "declarar extinguida, por causa de muerte, la responsabilidad sancionadora de la recurrente y, en definitiva, la sanción de multa que le fue impuesta, manteniendo por lo demás en sus propios términos la resolución impugnada y declarando subsistente y transmisible a sus sucesores la obligación de indemnizar los daños ocasionados al dominio público en la cifra de 72.576,66 euros, así como la de reponer las cosas a su estado anterior, retirando todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas con advertencia de ejecución subsidiaria y a su costa".

**SEGUNDO.-** Mediante escrito presentado en fecha de 13 de febrero de 2012 los recurrentes solicitaron de la Sala que se sirviera acordar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

**TERCERO.-** Por Diligencia de Ordenación de 15 de febrero de 2012 se ordenó formar pieza separada de medidas cautelares, concediéndose a las partes audiencia por cinco días para que alegase lo que a su derecho conviniese sobre la suspensión solicitada, lo que así hizo el Abogado del Estado, en representación de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO** , en escrito de 27 de febrero de 2012, en el que suplica a la Sala que dicte resolución denegando la suspensión solicitada, o, en el caso de que se accediese a la misma, se subordine la misma a la acreditación en los autos de la constitución de aval bancario por importe de 145.153,32 euros.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. **D.Rafael Fernandez Valverde** ,

## **RAZONAMIENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** Mediante el Acuerdo impugnado, se impone a la entidad recurrente ---tras la estimación del recurso de reposición---, exclusivamente, la obligación de indemnizar por los daños causados al Dominio Público Hidráulico en la cantidad de 72.576,66 euros, e, igualmente, la obligación de retirar en el plazo de quince días todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas con advertencia de ejecución subsidiaria, como consecuencia, todo ello, de haber derivado aguas del Caño Guadiamar hacia la parte sur del mismo en la FINCA000 , en el término municipal de Aznalcázar (Sevilla).

Los recurrentes interesan suspensión cautelar del citado Acuerdo mientras se sustancia el proceso, que, sin embargo, no debe ser suspendida por cuanto de la solicitud formulada por los recurrentes no se deduce el cumplimiento y la concurrencia de los requisitos, legal y jurisprudencial exigidos, para la procedencia de la medida cautelar solicitada; si bien se observa, la entidad recurrente no acredita los requisitos que se dirán en apoyo de la pretensión cautelar deducida, limitándose ---en síntesis--- a ofrecer la prestación de un aval para ello.

**SEGUNDO.-** Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder al único motivo de casación planteado, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129a134) y dos supuestos especiales (artículos 135y136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos -- -incluidos los de carácter negativo--- como de disposiciones generales, si bien, respecto de estas, sólo es posible la clásica medida cautelar de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículo 129.2y134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del periculum in mora. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del periculum in mora, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in moray ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-- - sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental laLRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar , consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la"previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2"en fine"al exigir también una ponderación"en forma circunstanciada"de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de"números apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a"cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo"en cualquier estado del proceso"(129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración,"hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley"(132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la vigente LRJCA lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse"las medidas que sean adecuadas"para evitar o paliar"los perjuicios de cualquier naturaleza"que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma"podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho"(133.3).

**TERCERO.-** De las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio (LRJCA), debemos destacar, ahora, los tres aspectos esenciales: (1) En primer

término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; (2) en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema legal exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero; y, (3) en tercer lugar, la doctrina jurisprudencial permite una valoración provisional y limitada de los fundamentos de la pretensión: doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

En relación con el citado primer aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la LRJCA.

En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000 se señala que "esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*"; resoluciones que señalan que el mismo "opera como criterio decisor de la suspensión cautelar".

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que "en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de aquel principio general, ---no otro sentido puede tener el adverbio «únicamente» del artículo 130.1---, se permite al Órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

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

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

c) en todo caso el juicio de ponderación que al

efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada".

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

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen".

**CUARTO.-** Pues bien, obvio es que, en modo alguno, la entidad recurrente ha acreditado ---en realidad, ni siquiera argumentado--- la concurrencia de los requisitos a los que acabamos de hacer referencia. Como hemos podido comprobar, la entidad recurrente se limita a ofrecer una caución para que procedamos a decretar la medida cautelar de suspensión, olvidando la previa necesidad de exponer los elementos fácticos de los que, en su caso, pudiéramos deducir, o al menos intuir, una situación ---por la ejecución de la resolución--- que pudiera hacer perder la finalidad al recurso.

Si bien se observa, con independencia del ofrecimiento del aval bancario (apartado Cuarto del escrito) los recurrentes se limitan a citar la doctrina de la apariencia de buen derecho (apartado Segundo) así como la que denominan doctrina del derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de eficacia (apartado Tercero).

Pues bien, en apoyo de la doctrina del *fumus boni iuris* se limitan a señalar la ausencia de culpabilidad de los recurrentes al ser sucesores de quien se dice cometió la infracción administrativa; y por lo que a la tutela judicial efectiva se refiere se limitan a conectar tal derecho con el citado criterio legal del *periculum in mora* señalando que la citada tutela judicial implica la ausencia de perjuicio a los recurrentes de imposible o difícil reparación así como a los intereses generales, exigiéndose una ponderación de los mismos en el caso concreto, limitándose a señalar que cuando los intereses generales se encuentren garantizados procederá acordar la suspensión si de ello se derivan perjuicios de cualquier orden para los administrados, de manera que el recurso pudiera perder su finalidad legítima. En concreto, se señala que el abono de la cantidad requerida (72.576,66 euros)

implicaría un innegable perjuicio para los recurrentes, sin mas aportación de datos o prueba alguna.

Pues bien, lo cierto es que en el supuesto de autos, a la vista de las alegaciones a las que hemos acabamos de referirnos --- incluso analizándolas desde una perspectiva de mas generalidad que la que ofrecen---, no podemos percibir la concurrencia del mencionado periculum in mora como consecuencia de la ejecución de una resolución sancionadora, cuyo importe total (limitado al importe de la indemnización) asciende a 72.576,66 euros, tomando en consideración que se trata de tres recurrentes sobre cuya situación patrimonial se nos haya ofrecido dato alguno. Por otra parte, debemos tomar en consideración la garantía estatal absoluta de devolución de la cantidad cuyo abono se reclama, con sus correspondientes intereses, en el supuesto, en su caso, de estimación del recurso contencioso-administrativo.

**QUINTO.-** Según lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción, no procede hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en este incidente, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes.

Vistos los preceptos citados y los artículos 129a134 de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio.

**LA SALA ACUERDA:**

Denegar la medida cautelar de suspensión de la ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros de Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su sesión de 16 de septiembre de 2011, por el que se estima en parte el recurso de reposición interpuesto por **D<sup>a</sup>. Francisca** contra el anterior Acuerdo de la misma procedencia, adoptado en la sesión del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2007 por el que se había impuesto a la recurrente una sanción de multa por importe de 300.506,06 euros, así como la obligación de indemnizar por los daños causados al Dominio Público Hidráulico en la cantidad de 72.576,66 euros, e, igualmente, la obligación de retirar en el plazo de quince días todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas con advertencia de ejecución subsidiaria; todo ello como consecuencia de haber derivado aguas del Caño Guadamar hacia la parte sur del mismo en la FINCA000 , en el término municipal de Aznalcázar (Sevilla). Estimación parcial que consistió en "declarar extinguida, por causa de muerte, la responsabilidad sancionadora de la recurrente y, en definitiva, la sanción de multa que le fue impuesta, manteniendo por lo demás en sus propios términos la resolución impugnada y declarando subsistente y transmisible a sus sucesores la obligación de indemnizar los daños ocasionados al dominio público en la cifra de 72.576,66 euros, así como la de reponer las cosas a su estado anterior, retirando todo elemento que haga presumir la captación abusiva de aguas con advertencia de ejecución subsidiaria y a su costa".

Todo ello sin llevar a cabo expresa condena respecto de las costas causadas en este incidente.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados