



E ZUQUETA

LEXNET

29.03.12

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: TERCERA
AUTO

24/12

Fecha Auto: 28/03/2012

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Recurso Nº: REC.ORDINARIO(c/d)-184/2012

Fallo: Auto ha lugar Medida Cautelar

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 3A.

Secretaría de Sala: Sección 003
Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero

Escrito por: ELC

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL REAL DECRETO 1628/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA EL LISTADO Y CATÁLOGO ESPAÑOL DE ESPECIES EXÓTICAS INVASORAS. ARTÍCULO 130 LJCA.



LITVO. D. EDUARDO DE ZUQUETA
LUCHSINGER



PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Recurso Num.: REC.ORDINARIO(c/d) - 184/ 2012

Ponente Excmo. Sr. D. : José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Secretaría de Sala: Sección 003
Ilmo. Sr. D. Fernando Canillas Carnicero

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: TERCERA

AUTO

Excmos. Sres.:

Presidente:
D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil doce.

Dada cuenta; y,

HECHOS



PRIMERO.- La Procuradora Doña Cristina Palma Martínez, en representación de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BLACK BASS (AEBASS), interpuso ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo con fecha 10 de febrero de 2012, el presente recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1628/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el listado y catálogo español de especies exóticas invasoras.

SEGUNDO.- En el Segundo Otrosí del escrito de interposición solicita, al amparo de lo establecido en los artículos 129, 130, 131 y 135 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, la adopción de la medida cautelar, y lo concluye con el siguiente SUPPLICO:

«que acuerde sin oír a la parte demandada la suspensión de la vigencia del Real Decreto recurrido o en su caso del artículo 8º, apartados 1, 2, 4 y 7 y disposición transitoria segunda de dicho Real Decreto, y convoque a las partes a una vista tras la cual se mantenga la medida cautelar interesada o en su caso ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131 de la LJCA.»

TERCERO.- Con fecha 14 de febrero de 2012 se dictó Auto cuya parte dispositiva dice literalmente:

«Primero.- No ha lugar a adoptar la suspensión, sin audiencia de la parte demandada, del Real Decreto 1628/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el listado y catálogo español de especies exóticas invasoras.

Segundo.- Tramitar el incidente cautelar respecto de dicho Real Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.»

CUARTO.- Formada pieza separada de suspensión, por diligencia de ordenación de 20 de febrero de 2012, se acordó oír al Abogado del Estado, por cinco días, para alegaciones sobre la suspensión interesada, lo que efectuó en escrito presentado el 29 de febrero de 2012, en el que tras efectuar.....

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas las alegaciones que antecedente. Denegando la medida cautelar pretendida, con condena en costas a la actora del incidente.»

QUINTO.- Con fecha 9 de marzo de 2012, la representación procesal de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BLACK BASS (AEBass), presentó escrito, a la vista de las alegaciones del Abogado del Estado, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«que habiendo por presentado este escrito con sus copias para la contraparte, se sirva admitirlo, y teniendo por hechas las anteriores manifestaciones acuerde su unión a las actuaciones en la pieza de la medida cautelar solicitada para que estas puedan tenerse en cuenta al momento de dictar la resolución que proceda.»

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruz**, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La pretensión cautelar que postula la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BLACK BASS (AEBASS), consistente en que se acuerde la suspensión de la vigencia del Real Decreto 1628/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el listado y catálogo español de especies exóticas invasoras, o, en su caso, del artículo 8, apartados 1, 2, 4 y 7 y de la disposición transitoria segunda del referido Real Decreto, debe ser acogida, en relación con la inclusión en el Catálogo de la especie micropterus salmoides o black bass, en cuanto que consideramos que de una valoración circunstanciada de los intereses públicos y privados concurrentes, relativos a la protección de la biodiversidad y los hábitats acuíferos y al ejercicio de la actividad deportiva de la pesca, se desprende que la suspensión de la vigencia



del referido Real Decreto no perturba gravemente el interés general, teniendo en cuenta que por el Consejo de Ministros, en su reunión celebrada el 24 de febrero de 2012, se ha adoptado la decisión de revisar esta norma reglamentaria.

En efecto, en el Auto dictado por esta Sala jurisdiccional de 28 de marzo de 2012 (RCA 183/2012), hemos señalado que «la intención del Gobierno de revisar el contenido del Real Decreto tanto en lo que respecta a su contenido jurídico -se habla de "importantes indefiniciones jurídicas que dificultan su aplicación"-, cuanto en lo que se refiere a las especies incluidas en los anexos a los que ya se ha hecho referencia, evidencia que el propio autor de la norma tiene serias dudas sobre la conveniencia de proceder a su inmediata aplicación. Ello constituye un evidente *fumus* de la razonabilidad de la solicitud de suspensión cautelar, en la que se advierte sobre los importantes efectos adversos de la inmediata aplicación de la norma impugnada».

Cabe, asimismo, significar, que el Consejo de Ministros en la referida reunión de 24 de febrero de 2012, según refiere la resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de 13 de marzo de 2012, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 19 de marzo de 2012, acordó aceptar las pretensiones articuladas en los requerimientos planteados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas de Aragón, Castilla y León y de Cataluña, en el sentido de anular los artículos 1, 4, 5, 7, 8, 10, disposición transitoria segunda y anexo II del Real Decreto 1628/2011, de 14 de noviembre, en todo lo que se refiere a las especies incluidas en el listado, entendiéndose que la pretensión de modificación del contenido del anexo I ha de enmarcarse en el procedimiento de modificación específico previsto en el artículo 5.

SEGUNDO.- En este sentido, cabe referir que la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, según se desprende de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), y que se transcribe en el Auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004), se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se



trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella 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, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión 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").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de 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 de la disposición o del acto administrativo 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 respecto de 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".

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 LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

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 siguiente 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*

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

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.- No se aprecian razones determinantes de una condena en costas en el presente incidente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción.

LA SALA ACUERDA:

Primero.- Ha lugar a adoptar la suspensión de la vigencia del Real Decreto 1628/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el listado y



catálogo español de especies exóticas invasoras, en relación con la inclusión en el Catálogo de la especie *micropterus salmoides* o black bass.

Segundo.- No procede efectuar expresa condena en costas en el presente incidente.

Procédase a la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el Boletín Oficial del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 134.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

NIG: 28079 13 3 2012 0001005

NÚMERO ORIGEN: 001 0000184 /2012

ÓRGANO ORIGEN: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 3A. de MADRID

C0052

Núm. Secretaría: 91/12-A

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA TERCERA
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

SECRETARÍA:

RECURSO NÚM: PMC / 0000184 / 2012 0011

RECURRENTE: PROCURADOR D/Dña. CRISTINA PALMA MARTINEZ

RECURRIDO: ABOGADO DEL ESTADO

DILIGENCIA.- En Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil doce. Seguidamente se procede a notificar a las partes, por los medios telemáticos (servicio de Lexnet) la resolución que antecede, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de **reposición** ante la Sala, en el plazo de cinco días a contar desde su fecha de notificación, previa consignación del depósito de 25 euros, en la cuenta de esta Oficina Judicial núm. 3354-0000-00-0184-12, del Banco Español de Crédito, Sucursal Urbana de la calle Barquillo 49 de Madrid, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta, punto 4, de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, se dictará resolución poniendo fin al trámite del recurso, quedando firme la impugnada, salvo en los supuestos exceptuados en el punto 5 de la mencionada Disposición Adicional Decimoquinta. Doy fe.