

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera, Sección Cuarta, del Tribunal Supremo, el recurso de casación número 4423/2010, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación del Ayuntamiento de Valencia, contra el auto de fecha veinticuatro de mayo de dos mil diez, dictada en los autos número 92/2010 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas el Abogado del Estado en la representación que le es propia, y la procuradora D<sup>a</sup> Silvia Casielles Morán, en nombre y representación del Instituto de Defensa de Intereses Patrimoniales y Culturales y Artísticos del Cabanyal-Canyamelar.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en los autos número 92/2010, dictó auto el veinticuatro de mayo de dos mil diez, cuya parte dispositiva acuerda: "Desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Procurador D./D<sup>a</sup> Carmelo Olmos Gómez en representación de la parte recurrente contra resolución de fecha 9.4.10, que se mantiene en su integridad."

SEGUNDO.- La representación procesal del Ayuntamiento de Valencia interpuso recurso de casación por escrito de fecha treinta de julio de dos mil diez.

TERCERO.- Mediante providencia dictada por la Sección Primera de esta Sala el día diez de noviembre de dos mil diez, se admite el recurso de casación interpuesto y se remiten las actuaciones a esta Sección Cuarta, conforme a las reglas del reparto de asuntos; donde se tienen por recibidas el veintiséis de noviembre de dos mil diez, confiriéndose traslado a las partes recurridas para formular oposición.

CUARTO.- La Abogacía del Estado presentó escrito de oposición el día dieciocho de enero de dos mil once, presentándolo el día veinticuatro del mismo mes y año el representante procesal del Instituto de Defensa de Intereses Patrimoniales y Culturales y Artísticos del Cabanyal-Canyamelar.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones se señaló para votación y fallo de este recurso el día veintiuno de junio de dos mil once, fecha en que tuvo lugar, habiéndose observado los trámites establecidos por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí,

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal del Ayuntamiento de Valencia en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo formulado contra la Orden

Ministerial de 29 de diciembre de 2009, se solicitó la suspensión de la resolución impugnada, que contiene los siguientes pronunciamientos:

Declarar que el Plan Especial de Protección y Reforma Interior de Cabanyal-Canyamelar determina la expoliación del conjunto histórico del Cabanyal.

Declarar la obligación del Ayuntamiento de Valencia a proceder a la suspensión inmediata de la ejecución del dicho Plan especial en tanto se lleve a cabo una adaptación del mismo que garantice la protección de los valores histórico-artísticos que motivaron la calificación de éste como conjunto histórico.

Requerir a la Generalidad Valenciana para que suspenda inmediatamente todas las actuaciones administrativas relacionadas con el PEPRI en tanto se lleve a cabo la adaptación del mismo referida ut supra.

Y, desestimada la medida cautelar interesada por la Sala de instancia, en los autos de nueve de abril y veinticuatro de mayo de dos mil diez -este último desestimatorio del recurso de súplica- se interpone el presente recurso de casación, y en concreto, respecto al auto desestimatorio del recurso de súplica.

SEGUNDO.- Contra esta resolución, se aducen al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional cuatro motivos de casación que respectivamente se fundamentan:

En la vulneración del artículo 129 de la Ley Jurisdiccional por infracción de la doctrina jurisprudencial de la que es reflejo la sentencia de diez de febrero de dos mil diez que vino a cambiar el contenido tradicional de que no cabe suspender los actos administrativos de contenido negativo.

En la infracción del artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional sobre la improcedencia de entrar a valorar el fondo de la cuestión planteada y la aplicación del *fumus boni iuris*, dado que el auto aplica la doctrina genérica pero sin entrar a valorar mínimamente su pretensión.

En la aplicación indebida de la jurisprudencia, al no ser la Orden ministerial impugnada una disposición de carácter general, y la naturaleza de una disposición general no impide radicalmente la aplicación de medidas cautelares.

En la infracción del citado artículo 130 de la Ley Jurisdiccional por existir un *periculum in mora* y la necesidad de valorar los intereses en conflicto, y además por no haber sido valoradas las consecuencias gravosas de la paralización de todas las licencias y actuaciones.

TERCERO.- La Sala de instancia en el fundamento jurídico primero de su resolución de veinticuatro de mayo, al transcribir el objeto del recurso de súplica, literalmente dice: "Se alega en el recurso de Súplica interpuesto contra el auto de 9 de abril de 2010, por el que se deniega la suspensión solicitada, que se ciñe ahora la pretensión suspensiva

a aquélla que se formuló en el anterior escrito de forma subsidiaria, esto es, que se acuerde solo en todo lo que no afecte al patrimonio histórico, solicitando que se declare dicha suspensión en aquel ámbito que no está declarado como Conjunto Histórico protegido por el Decreto 57/93, y que carece de toda protección patrimonial, afirmando que tal suspensión no afectaría al conjunto histórico; que no produce perjuicio alguno al patrimonio histórico español; que no supone demolición de inmuebles protegidos; que no afecta, daña, ni perturba la zona declarada bien de interés cultural; y que permite mantener los valores que hicieron mantener tal categoría. Se aporta asimismo diversa documentación acreditativa de que el ámbito del PEPRI es mucho más amplio que el del conjunto histórico del Cabañal, con lo que parte de aquel puede demolerse sin afectar a éste.”

Y, como atinadamente resume la Abogacía del Estado en su escrito de oposición al recurso: “Los autos de 9 de abril y 24 de mayo de 2010 deniegan la suspensión solicitada destacando:

Que la Orden impugnada es un acto de carácter negativo cuya suspensión dejaría sin objeto el proceso principal.

Que la suspensión podría producir perjuicios irreparables.

Que la efectividad de la sentencia que en su día se dicte no requiere de la suspensión, esto es, no se advierte periculum in mora.

Que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal y que para llegar a las conclusiones planteadas por la entidad recurrente debería la Sala exceder los límites de ese juicio limitado.

Que “La suspensión de la ejecución de una disposición general ya supone un grave perjuicio de interés público”.”

Cada una de estas argumentaciones del Tribunal de instancia son objeto de un específico e individual motivo de casación, cuando la “ratio decidendi” de la Sala estrictamente no se proyectó sobre el contenido negativo del acto recurrido, ni sobre la naturaleza de la Orden de 29 de diciembre de 2009, que declaró la obligación del Ayuntamiento de Valencia de proceder a la suspensión inmediata de la ejecución del Plan Especial de Protección y Reforma Interior de Cabanyal-Canyamelar, así como todas las actuaciones administrativas con el PEPRI, en tanto no se lleve a cabo una adaptación que garantice la protección de los valores histórico-artísticos que motivaron la calificación como conjunto histórico, sino que la denegación de la medida cautelar se sustentó en la ponderación y valoración de los intereses en conflicto, según exige el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- No obstante, antes de enjuiciar estos motivos, debemos examinar la causa de inadmisibilidad que alega la representación procesal del Instituto de Defensa de Intereses Patrimoniales, Culturales y Artísticos del Cabanyal-Canyamelar.

En síntesis, sostiene esta parte que el contenido del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valencia es idéntico al recurso de súplica formulado contra el auto de nueve de abril de dos mil diez, en donde se vuelve a reiterar e insistir en los mismos argumentos que expuso en el escrito por el que solicitaba la medida cautelar.

No compartimos este criterio, pues, independientemente de que la Administración recurrente repita y reproduzca casi literalmente los mismos argumentos que ya utilizó ante el Tribunal "a quo" al formular su recurso de súplica, tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso de casación, se delimitó conforme a lo preceptuado en el artículo 87.1.b) de la Ley Jurisdiccional, la resolución objeto del recurso que no fue otra que el auto de veinticuatro de mayo de dos mil diez, que al desestimar el recurso de súplica contra otro anterior, de nueve de abril del mismo año, puso término a la pieza separada de suspensión, y la metodología empleada en los citados escritos de preparación e interposición, cumple satisfactoriamente los presupuestos o requisitos procesales para la viabilidad formal de los motivos invocados.

QUINTO.- Ya hemos adelantado que la Sala de instancia no se basó esencialmente para desestimar la medida cautelar solicitada en la naturaleza del acto recurrido, y esto es así, porque el soporte de su decisión se sustenta en que no se dan los requisitos o presupuestos necesarios para acordar la medida cautelar, como lo demuestra el razonamiento del Tribunal "a quo" en el segundo fundamento de derecho, en el que tras resaltar en primer lugar que "la Orden Ministerial impugnada acordó la paralización de las actuaciones aprobadas por la Administración Autonómica a través del Plan Especial de Protección y Reforma Interior, y ello le confiere de forma incuestionable el carácter de acto negativo con respecto a lo acordado en dicho Plan Especial, de forma que la suspensión que se pide implicaría en cierto modo la estimación anticipada del recurso, al confirmarse la medida cautelar como un acto positivo, obteniendo a través de ella lo que había sido denegado por el acto materia del recurso principal. Es muy abundante la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo según la cual la medida cautelar de suspensión no puede adoptarse en relación con un acto negativo que no altera la realidad preexistente, si bien es cierto que existen posiciones discrepantes de dicha doctrina".

Precisa en "segundo lugar, decir que la medida cautelar en la ley de esta Jurisdicción implica, como pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril, "un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, aunque si ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil legalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada".

Y sostiene que “para llegar a las conclusiones planteadas por la entidad recurrente debería esta Sala exceder los límites de ese juicio limitado, lo que le está vedado en este momento del proceso, y en tal exceso incurriría si como pretende aquélla se entrase a valorar los documentos sobre los que fundamenta su pretensión”.

Completándose este razonamiento en el fundamento jurídico cuarto al señalar, que al margen de lo anterior “resulta difícil sostener aquí la aplicación de la tesis de apariencia de buen derecho o la circunstancia de que de la ejecución del acto recurrido pueda derivarse para el recurrente un perjuicio de difícil o imposible reparación.

Tal como señala también el Tribunal Supremo en su sentencia 187/02, la doctrina de la Sala Tercera del mismo consiste en que para que proceda la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* como causa de suspensión del acto recurrido, es necesario que concurren dos requisitos, de una parte una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y de otra una falta de contestación seria de la Administración que destruya aquella apariencia. Por otro lado, esta doctrina del *fumus*, al basarse en la apariencia, exige que el buen derecho se manifieste clara y categóricamente por sí mismo y sin necesidad de entrar a analizar el fondo del asunto, habiendo sido uno de sus más característicos exponentes el supuesto de casos repetidos de otro precedente ya resuelto estimatoriamente, o cuando sea ejecución de una norma o disposición general previamente declarada nula. Asimismo, como recuerda la citada sentencia, la doctrina de la apariencia del buen derecho debe estar sustentada en razonamientos convincentes, con base en hechos ciertos, pues tal doctrina implica una incursión en el fondo del asunto y por ello su aplicación debe hacerse con extrema cautela.

En el caso que nos ocupa, no aprecia la Sala la concurrencia de los anteriores requisitos, sino que, por el contrario, la eventual apreciación de los motivos en que la parte actora hace descansar su pretensión requeriría un análisis detallado y profundo de la cuestión de fondo, como se ha dicho, que por tanto no podría en ningún caso llevarse a cabo en la presente resolución de la pieza separada de suspensión.”

Por ello, resulta innecesario, que nos pronunciemos expresamente sobre estos razonamientos del Tribunal acerca del contenido negativo de la resolución impugnada y sobre su carácter de disposición general, que, desde luego, no innova el Ordenamiento Jurídico, ya que el soporte de su decisión se fundamenta en que no concurren los presupuestos o requisitos para adoptar la medida cautelar solicitada, una vez pondera y valora los intereses en conflicto conforme los establecido por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional.

Por otra parte, la interpretación que realiza el Tribunal “a quo” del acto negativo no vulnera la jurisprudencia de nuestra Sala, entre otras, en nuestras sentencias, de quince de julio de mil novecientos noventa y siete, veintiséis de noviembre de dos mil, cinco y catorce de febrero de dos mil uno, y dieciocho de marzo de dos mil dos, que admiten la procedencia de las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas, cuando concurren los requisitos exigidos por el citado artículo 130 de la Ley Jurisdiccional, pero, en el supuesto que enjuiciamos el interés general se

residencia en la conservación del interés cultural, que exige la ejecución de la Orden impugnada.

En consecuencia, los motivos primero y tercero deben ser desestimados.

SEXTO.- Mayor enjundia jurídica tienen el segundo y cuarto motivos de casación en cuanto gravitan sobre la conculcación del artículo 130 de la Ley Jurisdiccional.

La apariencia del buen derecho -“fumus boni iuris”- exige para que se conceda la tutela cautelar que exista o pueda existir un “periculum in mora”, para el derecho que se solicita, por lo que es indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable con una probabilidad cualificada, y aquí, en el supuesto que analizamos, falta un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre el derecho de la Administración recurrente, que proyecta su pretensión, sobre la suspensión acordada por la resolución impugnada, sobre una parte limitada del Plan Especial de Protección y Reforma Interior, trasladando así a la Sala, como advierte la Abogacía del Estado, el ámbito que debe atribuirse a la Orden impugnada, lo que puede perfectamente determinar el Ayuntamiento demandante por vía interpretativa, sin descargar su responsabilidad.

Tampoco se produce un “periculum in mora” pues los daños y perjuicios que se invocan para la adopción de la medida cautelar no son efectivos, ya que la parte recurrente prevaleciendo de un interés cualificado por el referido Plan en aquel ámbito que no esté declarado como Conjunto Histórico por el Decreto 57/1993, los cuantifica en sesenta millones quinientos sesenta y cinco mil novecientos cincuenta y ocho euros - 60.565.958€-; siendo así, reparables tales perjuicios en el supuesto que se anulara la Orden impugnada.

En consecuencia estos motivos también deben ser desestimados.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien la Sala de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero del citado precepto limita el importe máximo a percibir por los honorarios de cada uno de los letrados de las partes recurridas en la cantidad de mil quinientos euros (1.500€).

Por lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

Con desestimación de la causa de inadmisibilidad alegada por la representación procesal del Instituto de Defensa de Intereses Patrimoniales, Culturales y Artísticos de Cabanyal-Canyamelar; declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Valencia, contra los autos de la

Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de nueve de abril y veinticuatro de mayo de dos mil diez, -este último desestimatorio del recurso de súplica formulado contra el anterior- que declararon no haber lugar a la medida cautelar solicitada; con expresa condena al Ayuntamiento recurrente de las costas de este recurso dentro de los límites señalados en el fundamento jurídico séptimo de ésta, nuestra sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Lecumberri Martí.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, la Secretaria, doy fe.