

En la Villa de Madrid, a cinco de julio de dos mil doce.

Visto el recurso de casación registrado bajo el número 2704/2011, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Rosario Valpuesta Bermúdez, sustituida con posterioridad por la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Gilsanz Madroño, en nombre y representación del Ayuntamiento de la Villa de Rota, con la asistencia de Letrado, contra el auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictado en la Pieza Separada de Suspensión del recurso número 721/2010, con fecha 24 de febrero de 2011, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, que acordó denegar la medida cautelar de suspensión de la vigencia y aplicación de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”. Ha sido parte recurrida la Junta de Andalucía, representada por el Letrado de la misma.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo 721/2010, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó en la pieza de medidas cautelares Auto de fecha 24 de febrero de 2011, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, que acordó denegar la medida cautelar de suspensión de la vigencia y aplicación de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”.

SEGUNDO.- Contra los referidos autos preparó la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota recurso de casación, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de marzo de 2011 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 4 de mayo de 2011, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que tras exponer los motivos de impugnación que se consideró oportunos, concluyó con el siguiente Suplico: “Que, teniendo por presentado este escrito, y sus copias, lo admita y, en su virtud, me tenga por comparecido en forma en la representación que ostento y tenga por interpuesto, en tiempo hábil y en legal forma, recurso de casación contra el Auto, de 24 de febrero de 2011, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la pieza separada de suspensión 721.1/2010, y, tras los trámites legales oportunos, estime el presente recurso y revoque el Auto recurrido y, en su lugar, dicte otro por el que, con la debida integración de los hechos probados por esta parte, ordene conceder la suspensión solicitada, y condene en costas a la parte demandada, ex artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, por haber contribuido con sus alegaciones o con su silencio a la desestimación de la medida cautelar.”.

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 25 de enero de 2011, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 9 de febrero de 2012 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la Junta de Andalucía) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó la Letrada de la misma, por escrito presentado el 27 de marzo de 2012, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente Suplico: “Tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo en tiempo y forma, por comparecida a la letrada que lo suscribe en representación y defensa de la Junta de Andalucía, por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento actor contra Auto de 24 de febrero de 2011 por el que se desestime el recurso de reposición interpuesto contra Auto de 11 de noviembre de 2010, dictados en pieza separada de medidas cautelares, por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, en el recurso núm. 721.1/2010, y en mérito de lo expuesto acuerde su íntegra desestimación por ser ajustada a Derecho la resolución judicial impugnada, con expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente.”.

SEXTO.- Por providencia de fecha 25 de abril de 2012, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señaló este recurso para votación y fallo el día 4 de julio de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota (Cádiz) contra el Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de febrero de 2011, que desestimó el recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, que acordó no haber lugar a la medida cautelar solicitada de suspensión de la vigencia y aplicación de la Orden del Consejero de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, que acordó denegar la realización de un nuevo deslinde para establecer la línea divisoria entre los términos municipales de Chipiona y Rota (Cádiz), en el área denominada “La Ballena”.

El Auto dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 11 de noviembre de 2010, acuerda denegar la petición de suspensión de la resolución impugnada con base en los siguientes razonamientos: “(...) El objeto del recurso contencioso-administrativo está constituido por la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta d Andalucía de fecha Y de julio de 2010 por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”.

La parte recurrente solicita la suspensión de dicho acto administrativo alegando que la misma no causaría perjuicio al interés público o a terceros y su ejecución

ocasionaría perjuicio de imposible o difícil reparación a todos los vecinos de la zona controvertida, obligando a una modificación del PGOU de Rota. Argumenta además que existe apariencia de buen derecho por el hecho de que todos los actos administrativos excepto un Acta de 1873 y el PGOU de Chipiona de 2005, fijan una línea límite entre los municipios de Rota y Chipiona en la zona controvertida dentro del perímetro del municipio de Rota.

El Letrado de la Junta de Andalucía manifiesta su oposición a la medida cautelar al considerar que nos hallamos ante un acto de contenido negativo como es la denegación de un nuevo deslinde al existir otro anterior consentido y firme contenido en el Acta de 7 de marzo de 1873 suscrita de común acuerdo por ambos Ayuntamientos; los perjuicios alegados no derivan del acto impugnado pues ésta no crea una situación jurídica nueva ya que mantiene la situación jurídica existente al denegar la realización de un nuevo deslinde; como consecuencia de lo anterior se niega la existencia de apariencia de buen derecho.

(...) Comenzando por esta última alegación, en el caso que nos ocupa no cabe acceder a la suspensión con fundamento en la doctrina de la apariencia de buen derecho, en primer lugar porque no es el momento procesal pertinente para tener y por tanto para aportar los elementos de juicio necesarios para avalar los argumentos de fondo, pero sobre todo porque este criterio habilitante para acceder a la suspensión, sólo ha de utilizarse en determinados supuestos, de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto, y de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia, en cuanto que lo manifiesto es lo ostensible, indiscutible, fácilmente apreciable a simple vista, pero no la aplica como sucede en el supuesto presente cuando se invoca la nulidad de un acto o disposición que ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo sin atenderse al derecho al proceso a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia. Por tanto, la alegada apariencia de buen derecho no reúne las características que la doctrina jurisprudencial señala para que pueda servir de base a la adopción de una medida de suspensión cautela de la ejecutividad del acto impugnado, máxime si existe un deslinde anterior contenido en Acta de 7 de marzo de 1873 suscrita de común acuerdo

entre los Ayuntamientos de Rota y Chipiona, que descartaría una ilegalidad manifiesta en la actuación administrativa impugnada.

(...) El artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción dispone en su apartado 1 que “los interesados podrán solicitar cualquier estado del proceso 1 adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Y el artículo 130, en su apartado 1, establece que “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de 1 disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso; a su vez, el apartado 2 dispone que ‘la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”. Por tanto, el régimen jurídico de la tutela cautelar introducido por la Ley 29/98, de 13 de julio, tiene como condición necesaria, aunque no suficiente la pérdida de la finalidad legítima del recurso en el caso de no adoptarse la medida cautelar que se interese; centrándonos en el caso presente, el Ayuntamiento de Rota alega que la aplicación de la Orden impugnada ocasionaría perjuicio irreparable a los propietarios de la zona controvertida que reciben sus servicios básicos de dicho ayuntamiento, y que pasarían a depender del ayuntamiento de Chipiona pudiendo quedar desatendidos. Este argumento no puede prosperar pues lo fundamental es que la ejecución del acto, que por lo demás tiene contenido negativo, vaya a crear una situación irreversible o bien un perjuicio irreparable o de difícil reparación, alegación que igualmente puede ser invocada por el ayuntamiento de Chipiona, pero además 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 sea suficiente una mera invocación genérica o plantear la hipótesis de que el Ayuntamiento de Chipiona vaya a desatender a dichos particulares, pues ha de perseguir la misma finalidad que el Ayuntamiento de Rota, es decir, la satisfacción del interés general.”.

El Auto de la Sala de instancia de 24 de febrero de 2011, desestimatorio del recurso de reposición formulado contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, confirma la decisión de denegar la suspensión con los siguientes argumentos: “(...) Recordemos que el objeto del recurso contencioso-administrativo está constituido por la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de fecha 9 de julio de 2010 por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”. Asimismo, debemos reiterar que el Acta de 1873 suscrita de común

acuerdo entre ambos entes locales fija una línea límite entre los municipios de Rota y Chipiona, por lo que ha de traerse a colación la STS de 20 de septiembre de 2006 (recurso de casación núm. 5994/2003) que declara que en materia de deslindes de términos municipales, son prevalentes los deslindes anteriores consentidos por los Ayuntamientos interesados. Por tanto, desde una perspectiva jurídica, el acto recurrido mantiene la situación jurídica existente al denegar la realización de un nuevo deslinde.

El Ayuntamiento de Rota de nuevo alega que la Orden impugnada está produciendo efectos positivos, aportando documentos tales como Informe de la Registradora de la Propiedad de Rota, Escrito de la Dirección General de los Registros y el Notariado, y Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Chipiona, por el que se acuerda poner en marcha todos los expedientes administrativos y civiles necesarios para clarificar y determinar la concreta linde de su término municipal.

Pues bien, en los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2002 se señala que ‘esta Sala ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-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”. Y en el presente supuesto ha de descartarse la producción de situaciones irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte de conceder la razón a la actora. En efecto, como quiera que el acto cuya suspensión se solicita consiste en la denegación de nuevo deslinde, es un acto de contenido negativo, y como expresa el Informe del Director General de Ordenación y Demarcación Territorial, deslindar no es alterar los términos municipales, es decir, se trata de una actuación declarativa y no constitutiva o atributiva de territorio, pudiendo acudir el Ayuntamiento de Rota a un expediente de alteración de términos municipales conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales. Por otra parte, no siendo inmediata la producción de efectos derivados de las actuaciones iniciadas por el Ayuntamiento de Chipiona, la medida cautelar, o mejor, el mantenimiento de la situación existente con anterioridad a la disposición impugnada, no resulta imprescindible o necesaria. En cualquier caso, no parece que la adaptación de la situación de hecho a la realidad jurídica haga perder al recurso su finalidad de prosperar la acción que se ejercita, pues, en el caso de producirse las modificaciones pretendidas por el

Ayuntamiento de Chipiona, cabría volver a la situación anterior, sin otro efecto que las molestias u otros inconvenientes derivados de los expedientes iniciados, que siempre resultarían resarcibles. Por consiguiente, si la ejecución del acto impugnado no hace perder su legítima finalidad al recurso contencioso-administrativo, no procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley de esta Jurisdicción, acceder a la suspensión interesada.

En otro orden de cosas, la Administración demandada pone de manifiesto circunstancias específicas de interés público que abonan un pronunciamiento desestimatorio, al alegar que “la definición de los límites reales y la extensión de cada entidad territorial de las que conforman su mapa, se configura como interés general de Andalucía...”, ello con el objetivo de contar con un marco sobre cuya base coordinar la recogida y seguimiento de la información en toda la Comunidad Europea. Tampoco cabe obviar el interés del Ayuntamiento de Chipiona que también se considera perjudicado por lo que llama “usurpación de una superficie de suelo de 262.500 m<sup>2</sup>” por lo que la suspensión del acto impugnado, podría ocasionar quebranto importante al interés general. En definitiva, teniendo en cuenta el régimen jurídico de la tutela cautelar expuesto en el Auto recurrido, así como la interpretación jurisprudencial sobre la procedencia de las medidas cautelares, la Sala considera que este caso no concurren los presupuestos y circunstancias imprescindibles que permitan dar lugar a la medida provisional que se reclama, pues ni se aprecia claramente la existencia de un *periculum in mora*”, ni tampoco hay elementos de convicción de suficiente peso como para dilucidar que la apariencia de buen derecho está inequívocamente del lado de la pretensión de la parte actora, una vez han sido valoradas las circunstancias concurrentes y verificado el juicio de valor sobre los intereses en conflicto.”.

**SEGUNDO.-** Sobre las causas de inadmisibilidad del recurso de casación aducidas por el Letrado de la Junta de Andalucía.

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota (Cádiz), no debe inadmitirse, en cuanto que, aunque pudiera apreciarse que concurre la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 93.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aducida por el Letrado de la Junta de Andalucía, en relación con lo dispuesto en el artículo 87.1 b) y el artículo 86.4 de la mencionada Ley jurisdiccional, pues el Auto judicial recurrido, que pone término a la pieza de medidas cautelares, se ha dictado en un proceso que tiene como objeto la impugnación de la Orden del Consejero de Gobernación y

Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, en relación con el deslinde de los términos municipales de Rota y Chipiona, que se fundamenta, sustancialmente, en la aplicación de normas que se integran en el Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía -el Decreto 185/2005, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Demarcación Municipal de Andalucía y del Registro Andaluz de Entidades Locales-, por lo que el enjuiciamiento del proceso principal y de las actuaciones incidentales que se promueven excederían de la competencia casacional de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, no obstante, con base en el principio pro actione, al invocarse como normas infringidas, en relación con la apariencia de buen derecho, disposiciones básicas del Derecho estatal de régimen local, cabe examinar los motivos de casación articulados.

En relación con la causa de inadmisibilidad deducida con el amparo procesal del artículo 93.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por la defectuosa formalización de los motivos de casación articulados, por cuanto se confunden los motivos de orden adjetivo y sustantivo y se pretende inadecuadamente la revisión de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, tampoco puede prosperar, al no resultar procedente la inadmisión ad limine del recurso de casación en su integridad, y deber, en consecuencia, examinar los argumentos expuestos al analizar el fundamento de los motivos de casación desarrollados.

Al respecto, procede significar que la conclusión que alcanzamos sobre la admisión del recurso de casación se revela acorde con el derecho de acceso a los recursos, que se integra en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrando en el artículo 24 de la Constitución, porque, como observa el Tribunal Constitucional en las sentencias 248/2005, de 10 de octubre, y 131/2009, de 1 de junio, el derecho a la revisión de las resoluciones judiciales, es un derecho de configuración legal que proscribe todas aquellas aplicaciones o interpretaciones de la Ley procesal que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelan una clara desproporción entre los fines que la causa de inadmisión preserva y los intereses de acceso a la revisión jurisdiccional que se sacrifican.

TERCERO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción de las normas reguladoras de la sentencia por vulneración de los artículos 9.3 y 120.3 de la Constitución y del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



El primer motivo de casación, en los estrictos términos formulados, no puede ser acogido, porque consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en incongruencia ni en vulneración de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, en infracción del artículo 120.3 de la Constitución, pues constatamos que el Auto de la Sala de instancia de 24 de febrero de 2011 recurrido, integrado con el contenido del Auto precedente de 11 de noviembre de 2010, expone con suficiente claridad el proceso lógico que fundamenta la decisión de denegar la medida cautelar de suspensión de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, basado en la valoración circunstanciada de todos los intereses públicos en conflicto aducidos tanto por la defensa letrada del Ayuntamiento de Rota como por la Letrada de la Junta de Andalucía, rechazando que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 130 de la Ley jurisdiccional, en relación con el periculum in mora y la apariencia de buen derecho, tomando en consideración el Acta de deslinde de 7 de marzo de 1873 y valorando los eventuales perjuicios que se pudieran producir en la prestación de los servicios municipales a los vecinos residentes en la zona controvertida “La Ballena”.

En efecto, sostenemos que, desde una perspectiva formal, carece de fundamento el reproche que se formula a la Sala de instancia por reproducir en la fundamentación jurídica de los Autos recurridos la teoría general de la eficacia y eventual suspensión de los actos administrativos, sin analizar, pormenorizadamente, las consecuencias que tiene la no adopción de la medida de suspensión de la Orden impugnada, en relación con las inversiones efectuadas por el Ayuntamiento de Rota en la urbanización de la zona conflictiva “La Ballena” y con la prestación de servicios municipales básicos realizada, pues constatamos que el órgano judicial descarta expresamente que se vaya a crear una situación irreversible para los habitantes de la referida zona, respondiendo a los concretos argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, tras precisar cuál es el objeto del recurso contencioso-administrativo registrado con el número 721/2010, promovido por el Ayuntamiento de Rota.

Ante la extensión argumental que constatamos se realiza en el recurso de casación, respecto a la procedencia de adoptar la medida cautelar, cabe poner de relieve que la petición originariamente formulada ante la Sala de instancia - que delimita el alcance motivador de los Autos recurridos-, se fundamentaba, sustancialmente, en la alegación de los graves perjuicios que acarrearía la no suspensión de la vigencia de la disposición impugnada, en cuanto la zona conflictiva está situada en los planes generales en el perímetro del municipio de

Rota, que se ha urbanizado con cargo a su presupuesto, y en que existía una presunción iuris tantum a favor del Ayuntamiento de Rota, que ha ejercido todas las potestades administrativas en la que identifica como “zona conflictiva”, durante muchos años, con aquiescencia del Ayuntamiento de Chipiona y la Junta de Andalucía.

También carece de base jurídica la imputación que se formula a la Sala de instancia, derivada de la falta de ponderación de los intereses afectados y la defectuosa aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris*, en que se cuestiona el valor que el Auto recurrido otorga al Acta de deslinde de 1873, en la medida que subyace en este planteamiento una discrepancia de carácter jurídico, cuya resolución corresponde a la decisión de fondo que se dicte en el proceso principal.

Asimismo, cabe rechazar el subapartado del motivo de casación, en que se refiere que el Auto recurrido adolece de falta de congruencia, claridad, precisión y razonabilidad, respecto de la existencia de *periculum in mora*, porque la mera lectura de los Autos dictados por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 11 de noviembre de 2010 y de 24 de febrero de 2011, permite comprobar que se tomó en consideración la circunstancia de que el Ayuntamiento de Chipiona haya procedido a emprender actuaciones de ejecución de la Orden impugnada, que son objeto de otro recurso contencioso-administrativo, y que, en consecuencia, las alegaciones efectuadas para pretender la suspensión de estos actos debe enjuiciarse en el referido procedimiento.

En este sentido, resulta adecuado consignar la consolidada doctrina de esta Sala jurisdiccional sobre la interdicción de que los órganos judiciales incurran en violación del deber de motivación de las decisiones judiciales que garantiza el artículo 120.3 de la Constitución, que constituye una garantía esencial para el justiciable, como hemos señalado, mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, y que impone, según se afirma en las sentencias del Tribunal Constitucional 118/2006, de 24 de abril, 67/2007, de 27 de marzo, 44/2008, de 10 de marzo, 139/2009, de 15 de junio y 160/2009, de 29 de junio, no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico.

En la sentencia constitucional 60/2008, de 26 de mayo, se refiere el concepto de resolución judicial motivada en los siguientes términos: “Además, con la perspectiva también sugerida en la demanda, la Sentencia de casación conforma una resolución judicial motivada, al contener los elementos o razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 de junio), F. 3; 75/2005, de 4 de abril, F. 5), e incluye también una fundamentación en Derecho, consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (STC 325/2005, de 12 de diciembre, F. 2). Así, dicha resolución, partiendo de los elementos fácticos acreditados por el Tribunal de instancia, tal como antes se ha afirmado, analiza su calificación jurídica y responde de manera razonada a los argumentos esgrimidos por el Fiscal en su recurso de casación (motivos tercero y cuarto), descartando finalmente las conclusiones absolutorias a que había llegado la Sentencia de instancia, por lo que tampoco se aprecia lesión alguna a la tutela judicial efectiva del demandante.”.

En las sentencias de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2005 (RC 428/2003), 18 de noviembre de 2005 (RC 2084/2003) y 7 de junio de 2006 (RC 8952/2003), dijimos: “El derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales que garantiza el artículo 24 de la Constitución, engarzado en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que constituye el marco constitucional integrador del deber del juez de dictar una resolución razonable y motivada que resuelva en derecho las cuestiones planteadas en salvaguarda de los derechos e intereses legítimos que impone el artículo 120 de la Constitución, exige, como observa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 8/2004, de 9 de febrero, acogiendo las directrices jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de diciembre de 1994, Caso Hiro Balani contra España y Caso Ruíz Torija contra España), la exposición de un razonamiento suficiente, aunque no obligue al juez a realizar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleve a resolver en un determinado sentido ni le impone un concreto alcance o intensidad argumental en el razonamiento, de modo que el juez incurre en incongruencia cuando efectúa razonamientos contradictorios o no expresa suficientemente las razones que motivan su decisión, pero no cuando se puede inferir de la lectura de la resolución jurisdiccional los fundamentos jurídicos en que descansa su fallo.”.

Y en la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2003 (RC 7083/1997), afirmamos que “el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de

un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas.”.

En suma, en aplicación al caso litigioso examinado de las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas, concluimos el examen del primer motivo de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido ni en incongruencia omisiva ni en déficit de motivación, puesto que hemos constatado que en la fundamentación jurídica de los Autos recurridos se responde de forma suficiente a los argumentos planteados en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, con el objeto de que se adopte la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden del Consejero de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, de modo que sostenemos que no ha producido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, garantizada por el artículo 24 de la Constitución, ni del deber de motivación de las decisiones judiciales enunciado en el artículo 120.3 de la Constitución.

CUARTO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El segundo motivo de casación articulado debe ser desestimado, porque consideramos que la Sala de instancia no ha infringido los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al rechazar la petición cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden del Consejero de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, ya que esta decisión se basa en una ponderación razonable de los intereses concurrentes, que evidencia que no se producen los graves perjuicios que se aducen, en relación con la procedencia de determinar una compensación económica en favor del Ayuntamiento de Rota por la inversión realizada en la “zona conflictiva” y por la prestación de servicios a los residentes efectuada, que haga perder la finalidad legítima del recurso contencioso-administrativo.

En este sentido, descartamos que la Sala de instancia haya infringido el artículo 130.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues consideramos que no ha incurrido en error de Derecho al apreciar que no concurre el presupuesto exigible para adoptar la medida cautelar de que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder su finalidad legítima al recurso, por haber emprendido el Ayuntamiento de Chipiona actuaciones de ejecución de la Orden del Consejero de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, que comprometerían la eficacia de la decisión judicial que resolviera el proceso, pues, como refiere la Sala de instancia en el Auto de 24 de febrero de 2011, el Ayuntamiento de Rota ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo número 3/2011, en que combate los eventuales “efectos positivos inmediatos”, derivados del acto impugnado, al denegar la realización de un nuevo deslinde.

Al respecto, cabe significar que la Sala de instancia considera que resulta procedente dar prevalencia al interés público aducido por la Junta de Andalucía, confrontado con los intereses públicos aducidos por el Ayuntamiento de Rota, en la medida en que la delimitación de los términos municipales que configuran el territorio de Andalucía se corresponde con un “interés general de Andalucía”.

La Sala de instancia también analiza que, junto a los intereses de carácter económico, invocados por el Ayuntamiento de Rota, el Ayuntamiento de Chipiona opone que sería perjudicial la realización de un nuevo deslinde que supondría “la usurpación de una superficie de suelo de 262.500 m<sup>2</sup>”, por lo que la suspensión del acto impugnado -concluye- podría ocasionar un quebranto relevante al interés general.

También cabe rechazar que la Sala de instancia haya realizado una interpretación inadecuada de los artículos 129 y 130 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al resolver, en relación con la apariencia de buen derecho, que no se aprecian “elementos de convicción de suficiente peso para dilucidar” la cuestión “del lado de la pretensión de la parte actora”, pues el órgano judicial parte del presupuesto de que la existencia de un deslinde anterior, contenido en el Acta de 7 de marzo de 1873, suscrito de mutuo acuerdo entre los Ayuntamientos contendientes de Rota y Chipiona, evidencia que no nos encontramos con una “ilegalidad manifiesta en la actuación administrativa impugnada”.

Al respecto, cabe recordar la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 5 de diciembre de 2002 (RC 4038/2000), respecto de los límites impuestos en el enjuiciamiento casacional de las resoluciones dictadas por las Salas de instancia en el incidente cautelar, en relación con la valoración de las pruebas aportadas para justificar la existencia de perjuicios derivados de la ejecución de los actos administrativo impugnados: “Esta Sala viene declarando, en efecto, que “(...) la decisión cautelar, basada en la apreciación de la entidad del perjuicio derivable de la ejecución del acto administrativo; en la del interés público que resultaría afectado por la adopción de la medida y en la de la prevalencia que en el caso en concreto había de darse a uno u otro, no infringe en sí misma, en ninguno de esos aspectos, las normas que se contenían en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción entonces vigente; al contrario, se toma desde la perspectiva o con el enfoque que el precepto quería”.

Son, pues, cuestiones de hecho y no de interpretación jurídica las relativas a si determinados bienes privados, o incluso determinados bienes públicos ambientales, van a sufrir perjuicios, y de qué naturaleza, irreversibles o no, a causa de la ejecución de un tendido eléctrico; el juicio sobre la ponderación de los intereses prevalentes descansa, ante todo, en la apreciación que de aquel hecho haga la Sala de instancia.

Si ésta concluye, tras valorar la prueba pertinente, que los perjuicios ambientales no son significativos en relación con los beneficios derivados del nuevo tendido, que no se ponen en peligro intereses de entidad superior y que aquellos perjuicios se “pueden reducir al mínimo”, es coherente con esta apreciación -y no vulnera el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional- el auto por el que no se suspende la ejecución del proyecto correspondiente.

La valoración de la prueba sobre estos extremos compete en exclusiva a la Sala territorial y no corresponde al Tribunal Supremo sustituir a ésta en sus apreciaciones al respecto. Dicha Sala ha efectuado una determinada ponderación de los intereses en conflicto y, en esa medida, ha respetado el mandato del único artículo (el 130 de la Ley Jurisdiccional) sobre cuya vulneración se construye el motivo de casación.”.

En último término, para descartar que los Autos de la Sala de instancia infringen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formulada en materia de medidas cautelares, resulta significativo recordar, que, como dijimos en la

sentencia de esta Sala jurisdiccional de 21 de mayo de 2008 (RC 3464/2007), reiterando una consolidada doctrina 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), la razón de ser de la justicia cautelar 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 sentencia del Tribunal Constitucional 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 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, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes 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 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).

Procede, en consecuencia con lo razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de febrero de 2011, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, que acordó denegar la medida cautelar de suspensión de la vigencia y aplicación de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”.

QUINTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser “a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima”. La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de dos mil euros.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de la Villa de Rota contra el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 24 de febrero de 2011, dictado en la Pieza Separada de Suspensión del recurso número 721/2010, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Auto de 11 de noviembre de 2010, que acordó denegar la medida cautelar de suspensión de la vigencia y aplicación de la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía de 9 de julio de 2010, por la que se deniega la realización de un nuevo deslinde entre los términos municipales de Chipiona y Rota, ambos en la provincia de Cádiz, en el área denominada “La Ballena”.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

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.  
Pedro José Yagüe Gil.- Manuel Campos Sánchez-Bordona.- Eduardo Espín Templado.- José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.