



**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00006/2019

-

Equipo/usuario: SOP
Modelo: N35300
PLAÇA DES MERCAT, 12
Correo electrónico:

N.I.G: 07040 33 3 2018 0000588

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000603 /2018 0001 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000603 /2018

Sobre: ACCION ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTR.

De D./ña.

ABOGADO

PROCURADOR D./D^a.

Contra D./D^a. CONSELLERIA DE TRABAJO COMERCIO E INDUSTRIA

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD

PROCURADOR D./D^a.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LES ILLES BALEARS
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
PROCEDIMIENTO ORDINARIO N° 603 DE 2018
PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES.**

AUTO

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE.

D. GABRIEL FIOI GOMILA

MAGISTRADOS.

D. PABLO DELFONT MAZA

D^a CARMEN FRIGOLA CASTILLON

En Palma de Mallorca, a 22 de enero de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- El 05/11/2018 ., ha interpuesto recurso contencioso contra la resolución de la Directora



General de Comercio y Empresa, de 03/10/2018, actuando por delegación del Consejero, por la que en el expediente sancionador con clave JC 95/2018 le fue impuesta una sanción de 150.000 euros de multa y dos sanciones accesorias consistentes en la suspensión temporal de autorizaciones para la apertura de locales de juegos o apuestas por un período de dos años y el cierre temporal del local ubicado en Calle _____ de _____ a por un período máximo de seis meses. En el mismo escrito se ha solicitado a la Sala la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de las dos sanciones accesorias antes indicadas.

SEGUNDO.- A esa solicitud se ha opuesto la Administración demandada.

Ha pasado la presente pieza a poder del Magistrado Ponente, Ilmo. Sr. D. Pablo Delfont Maza, quien expresa el parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Sobre la ejecutividad del acto administrativo y sobre la tutela judicial efectiva.

El principio de eficacia de la actuación administrativa - artículo 103.3 de la Constitución- con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo -artículo 39 de la Ley 39/2015- da lugar a la regla general de la ejecutividad -artículo 4.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y artículo 38 de la Ley 39/2015-.



La regla general de la ejecutividad se mantiene, en principio, aunque se formule recurso -artículos 98 y 117 de la Ley 39/2015-.

Al propio tiempo, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que tan ampliamente traza en su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto.

Pues bien, la garantía de la efectividad de la sentencia y la evitación de la pérdida de la finalidad legítima del recurso son conceptos claves a la hora de adoptar la medida cautelar -artículos 129 y 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-.

La justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva.

En consecuencia, la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no deben contemplarse como excepción.

En efecto, la adopción de medidas cautelares para asegurar el resultado del proceso es facultad que el Tribunal puede ejercitar siempre que resulte necesario.

Situadas las medidas cautelares en el Derecho Administrativo Constitucional, la tutela cautelar que deriva del derecho fundamental la tutela judicial efectiva -artículo 24.1. de la Constitución- opera como límite infranqueable a la ejecutividad del acto administrativo, de tal modo que las medidas cautelares, tal como antes ya señalábamos, no son ni



extraordinarias ni excepcionales sino un instrumento más de la tutela judicial ordinaria, dirigidas así a asegurar la eficacia de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse en su momento.

El fundamento de las medidas cautelares se anuda en general a la indeseada -y no sencillamente salvable- lentitud en la resolución o respuesta en el proceso contencioso-administrativo. Por tanto, las medidas cautelares operan así al efecto de que la duración del contencioso no altere el equilibrio inicial de fuerzas entre las partes, de modo que las medidas cautelares se conectan también con el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías -artículo 24.2 de la Constitución-

Así las cosas, sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de los intereses en conflicto, el criterio para la adopción de la medida provisional, fuera cuál fuese la naturaleza de la misma, no ha de ser sino que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad legítima del recurso contencioso.

En definitiva, la garantía de la efectividad de la sentencia es el criterio clave, bien que no cabe olvidar tampoco la incidencia concurrente de los intereses generales y de terceros.

SEGUNDO.- Sobre el régimen jurídico de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.

La Ley 29/88 concluyó el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión y estableció un sistema de numerus apertus que incluye las medidas cautelares de carácter positivo -en ese



sentido, por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo, 27 de abril, 14 de junio, 18 de julio, 4 y 31 de octubre de 2006 y 21 de mayo de 2008-.

La Ley 29/98, como la Ley 1/00, reconocen, pues, el derecho a solicitar cualquier medida cautelar.

Ahora bien, sólo cabe adoptar aquellas medidas cautelares que sean proporcionalmente adecuadas al fin de garantizar la eficacia de la sentencia a dictar -artículo 129.1. de la Ley 29/98 y artículo 721.1 de la Ley 1/00-.

La regulación de las medidas cautelares en la Ley 29/98 se integra por un sistema general -artículos 129 a 134- y dos supuestos especiales -artículos 135 y 136-.

El sistema general de medidas cautelares se aplica al procedimiento ordinario, al procedimiento abreviado y al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Pueden adoptarse medidas cautelares tanto en relación a actos administrativos como respecto a disposiciones de carácter general, bien que en cuanto a estas únicamente es posible la medida de suspensión y ha de solicitarse con el escrito que inicia el procedimiento.

La medida cautelar no responde a un test previo de la legalidad, sea del acto o sea de la disposición administrativa.

La medida cautelar no puede impedirla ni la ejecutividad ni la presunción de validez del acto administrativo y se fundamenta en la existencia de un periculum in mora, es decir, en el peligro que deriva de la inmediata ejecución del acto en combinación con la duración del proceso. Además, se requiere



una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero, esto es, el examen de la posible prevalencia del interés público al que responde el acto en cuestión frente a cualesquiera otros intereses, sean públicos o sean privados. Y, en todo caso, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La medida cautelar trata de evitar la pérdida de la finalidad legítima del recurso, es decir, se anuda a la preservación del efecto útil de la sentencia, con lo que responde a la posibilidad de que el transcurso del tiempo en el que ha de desarrollarse el proceso ponga en riesgo ese efecto útil por la posible aparición de situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La apariencia de buen derecho -criterio del *fumus bonis iuris*-, a la que no hace expresa referencia la Ley 29/98, pero sí el artículo 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, opera: **(i)** en supuestos de nulidad de pleno derecho, pero solo siempre que ésta sea manifiesta, **(ii)** ante actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, **(iii)** cuando exista sentencia que anula el acto en una instancia anterior -incluso sin ser firme- y **(iv)** ante resistencia contumaz de la Administración frente a un criterio jurisprudencial reiterado.

En ese sentido pueden citarse, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio y 29 de julio de 2002, de 14 de junio y 31 de octubre de 2006 y de 21 de mayo de 2008, y los Autos del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2012 -recurso nº 327/2012-, 29 de septiembre de 2016 -recurso nº 4851/2016-, 27 de noviembre de 2016 -recurso nº 53/2006- y 14 de septiembre de 2017 -recurso nº 543/2017-.

Por lo tanto, la apariencia de buen derecho -criterio del *fumus bonis iuris*- no puede en modo alguno aplicarse: **(i)** cuando la nulidad del acto no sea manifiesta, ni **(ii)** cuando la nulidad se predique en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2007 relaciona las notas que caracterizan el sistema general de medidas cautelares del siguiente modo:

1°. 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 como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134. LRJCA).

2°. 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".

3°. 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 o los intereses generales o de tercero".

4°. 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 mora* y 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 porque, 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.

5°. 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.

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

7°. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus 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"*.

8°. 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 éste"*

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).

9°. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley 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 ésta "*podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho*" (133.3)".

TERCERO.- Sobre la suspensión solicitada en este caso por

Como ya hemos dicho al principio, la Administración de la CAIB ha impuesto a _____, una sanción de 150.000 euros de multa y dos sanciones accesorias consistentes en (i) la suspensión temporal de autorizaciones para la apertura de locales de juegos o apuestas por un período de dos años, y (ii) el cierre temporal del local ubicado en Calle _____ de _____ por un período máximo de seis meses.

Pues bien, _____ ha solicitado a la Sala la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de las dos sanciones accesorias antes indicadas.

Ocurre que a raíz de una visita de la Policía Local de _____ al local de juegos y apuestas ubicado en Calle _____ se levantó acta en la que se hizo constar que se había observado la presencia de cuatro menores de 16 años, tres de los cuales, junto con otro mayor



ejecutividad de las dos sanciones accesorias, en resumen, por el perjuicio considerable que ocasiona para el negocio.

Al respecto, la Administración, sin mención a la consideración prestada en el curso del procedimiento sancionador a la adecuada satisfacción en el mismo del derecho fundamental de defensa, en definitiva, se opone esgrimiendo, en síntesis, lo perjudicial que es la presencia de menores en locales de juego.

Puestas así las cosas, el recurrente reconoce la presencia de tres menores en el local de juegos, bien que aduce que ninguno de ellos jugaba, deduciendo de ello que la sanción, de haber, sería menor. Pero es que no se pueden cerrar los ojos y dejar de ver que el derecho de defensa en el seno del procedimiento sancionador aparece ya a primera vista sacrificado. Y, como es sabido, sus consecuencias son devastadoras, esto es, irremediables en el juicio, según reitera la jurisprudencia.

Por consiguiente, a la hora de decidir sobre la viabilidad de la medida cautelar solicitada debe destacarse que el interés público en la ejecutividad aparece deslucido claramente, precisamente por el desarrollo del procedimiento que ha concluido con la sanción impuesta. En esa situación, es indudable que el interés privado de empresa sancionada aparece seriamente reforzado por el quebrantamiento producido en el seno del procedimiento sancionador, observable a primera vista.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

PARTE DISPOSITIVA



PRIMERO.- Decretamos la suspensión de la ejecutividad de:

A).- La sanción la suspensión temporal de autorizaciones para la apertura de locales de juegos o apuestas por un período de dos años.

B).- La sanción de cierre temporal del local ubicado en _____ por un período máximo de seis meses.

SEGUNDO.- Sin costas.

Contra esta resolución cabe recurso de reposición ante la Sala en el plazo de cinco días a partir de la notificación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, anotados al margen.