



Roj: STSJ BAL 186/2012  
Id Cendoj: 07040330012012100151  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 465/2011  
Nº de Resolución: 161/2012  
Procedimiento: Recurso de Apelación  
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00161/2012**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ILLES BALEARS**

**SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº **465/2011**

PIEZA SEPARADA DE SUSPENSIÓN MEDIDAS CAUTELARES 101/2011

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

**SENTENCIA Nº 161**

En Palma de Mallorca a 28 de febrero de 2012

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

Dª: Carmen Frigola Castillón

**VISTOS** por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears la Pieza de medidas cautelares del Procedimiento Ordinario 101/2011 seguidas en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma de Mallorca, y nº de rollo de apelación de esta Sala **465/2011**. Actúa como parte apelante la entidad mercantil SILSIA, S.L., representada por la Procuradora Sra. Dª. María Garau Montaner y defendida por el Letrado Sr. D. Jorge Morales Pastor y como parte apelada la CONSELLERÍA DE MEDI AMBIENT I MOBILITAT representado y defendido por la Letrado de la Comunidad Autónoma Mariángeles Berrocal Vela.

Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Movilidad del Gobierno Balear, de 15 de febrero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada planteado contra la Resolución del Director General de Recursos Hídricos, de 23 de abril de 2010, dictada en el procedimiento sancionador "por los cerramientos colocados en zona de dominio público hidráulico y los cerramientos colocados en zona de servidumbre sin disponer de autorización administrativa en el torrente de Coa-Negra-Finca Son Oliver, en el término municipal de Santa María del Camí" .

El auto número 278/2011 de veintinueve de julio de dos mil once del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Palma desestima la solicitud de medida cautelar de suspensión de la orden de

retirar la valla reinstalada de la zona de servidumbre del Torrente de Coa Negra y de retirar las vallas /barreras basculantes reinstaladas del cauce del Torrente de Coa Negra.

Ha sido Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO:** El Auto nº 278/2011 de fecha 29 de julio de 2011 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en los autos seguidos por los trámites de procedimiento ordinario y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

"ACUERDO DESESTIMAR la solicitud de medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado interesada por la Procuradora D<sup>a</sup> María Garau Montané, actuando en nombre y representación de la entidad mercantil SILSIA,S.L., contra la Resolución del Consejero de Medio Ambiente y Movilidad del Gobierno Balear, de 15 de febrero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada planteado contra la Resolución del Director General de Recursos Hídricos, de 23 de abril de 2010, dictada en el procedimiento sancionador "por los cerramientos colocados en zona de dominio público hidráulico y los cerramientos colocados en zona de servidumbre sin disponer de autorización administrativa en el torrente de Coa-Negra-Finca Son Oliver, en el término municipal de Santa María del Camí", sin que esta decisión suponga prejuzgar el asunto y su decisión en el momento procesal oportuno."

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución interpuso la demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida a ambos efectos. Dado traslado de esa apelación la administración autonómica demandada se opuso y solicita la confirmación del auto apelado.

**TERCERO:** No se solicita práctica de prueba ni trámite de vista o conclusiones.

**CUARTO:** Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 28 de febrero de 2.012.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** Se aceptan los del auto apelado.

La administración demandada ha sancionado a la entidad recurrente como autora de dos faltas administrativas leves de los artículos 116.3 letras d) y e) de la Ley de Aguas a sendas multas de 1.500 y 3.500 euros respectivamente y además a la retirada de la valla reinstalada de la zona de servidumbre del Torrente de Coa Negra y las vallas y las barreras basculantes reinstaladas del cauce del Torrente de Coa Negra.

La entidad recurrente solicitó la medida cautelar de suspensión de la retirada de esas vallas y barreras basculantes instaladas en esa zona de servidumbre y en el cauce del Torrente de Coa Negra y el auto apelado desestima esa medida suspensiva negando que la parte tenga apariencia de buen derecho y recuerda que a la administración le incumbe velar por los intereses generales que en este caso se verían comprometidos si se admitiesen las pretensiones de la parte recurrente en la medida que seguiría manteniéndose una situación cuya legalidad puede parecer cuestionable en cuanto afecta a bienes demaniales de titularidad autonómica y cita además el auto nº 157/2011 de 29 de abril dictado por el Juzgado de igual clase nº 2 de Palma que levantó la medida cautelarísima suspensiva adoptada a instancias de la actora en el PO 107/2011 que ante aquel órgano jurisdiccional se sigue.

Disconforme con esa argumentación la parte actora se alza en apelación contra el auto dictado por el Juzgado y alega que el Juzgado no ha apreciado correctamente la apariencia de buen derecho que ostenta la parte dado que ha operado la prescripción aportando pruebas para ello, ni ha considerado la incidencia de la caducidad del expediente y la nulidad de pleno derecho que también se da en el supuesto. Considera que no se ha probado que las avenidas de agua sean provocadas por las vallas o por las barreras ni puede ponerse en duda que lo que produce realmente las avenidas de agua es el estrechamiento del cauce natural del torrente. Insiste en que en la finca se realiza una actividad agrícola titularidad de la Finca Son Oliver en la que hay ganado de forma que retirar esas vallas produce graves perjuicios ya que habrá inseguridad para personas, animales y vehículos y ello haría perder la finalidad del recurso la instalación de esas barreras basculantes en varios lugares perpendiculares al cauce del torrente corresponden a criterios de necesidad, seguridad e interés público ya que se contiene al ganado y se evita que accedan al camino evitando un peligro para los viandantes, constituyen esas mallas una medida de seguridad para las personas adultas y especialmente los niños que impiden la introducción desde el camino al curso del torrente. Además expone que esas barreras

y vallas están ahí colocadas desde el año 1.980 y la administración las conoce desde al menos el año 2003 por lo que no existen razones de urgencia o premura que aconsejen su retirada. También explica que esas instalaciones no impiden el acceso al personal de los servicios públicos y el camino es un camino privado teniendo también ese carácter el torrente que nace en la finca colindante. Y por último alega desviación de poder en el actuar administrativo.

Se opone la defensa de la administración que solicita la confirmación del auto apelado que insiste en que la cuestión fue resuelta mediante Auto de 29 de abril de 2.011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 y cuya acumulación al presente procedimiento por la conexión existente entre ambos procedimientos no se había acordado todavía pese a no oponerse la parte actora. E insiste en su planteamiento de que el efecto presa y desbordamiento del cauce del torrente que provocan esas barreras obliga a su retirada ya que impiden el curso natural de las aguas del torrente.

**SEGUNDO:** El recurso de apelación tiene por objeto revisar la resolución dictada en primera instancia, de forma que la razón de ser de dicho recurso es la crítica de la sentencia o auto apelados. Ello implica necesariamente rebatir, cuestionar, discutir y criticar los razonamientos expuestos por el Juez a quo en la sentencia dictada. No es admisible en segunda instancia reproducir el debate que ya se ha producido y ha sido resuelto en el modo y forma que plasma la resolución dictada por el Juez a quo.

El TS en su sentencia de 22 de junio de 1999 señala que el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de tal modo que el escrito de alegaciones ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que sirve de base para la pretensión sustitutoria del pronunciamiento recaído. Lo contrario supone dejar desprovista de argumentación el recurso de apelación porque se hurta al Tribunal el conocimiento de los argumentos que servirían de utilidad a la parte para conseguir la sustitución del pronunciamiento de la sentencia con su consiguiente revocación, ya que la apelación no implica repetir el debate que ha sido ya enjuiciado.

Pues bien, la parte apelante nos dice que el Juzgador no ha valorado la prescripción en el debate ni la caducidad ni la nulidad de pleno derecho, por lo que ha errado en la ponderación de la presunción del *fumus bonis iuris*. A este respecto hay que decir que en la ponderación de los intereses enfrentados para analizar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas no es posible prejuzgar el fondo del asunto. Y ello es así porque 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". Es por ello que ni la prescripción, ni la caducidad, ni la nulidad de pleno derecho que la parte alega es posible que sean examinadas en esta pieza de medidas cautelares. Tampoco lo es la denuncia de la desviación de poder que la parte indica.

Por otro lado, la Sala concuerda que los intereses generales son preponderantes en intensidad o grado máximo frente a los particulares de la mercantil recurrente, ya que la distorsión que provoca la colocación de artilugios o mecanismos que entorpezcan el normal curso de las aguas puede provocar perjuicios notables a los intereses generales motivo por el cual la retirada de esas instalaciones no ha de verse demorada en espera de la existencia de una sentencia que resuelva este proceso.

Por todo ello procede desestimar el recurso de apelación y confirmar el auto apelado en su integridad.

**TERCERO:** En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional /98, la desestimación de la apelación obliga a hacer especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general aplicación

## **FALLAMOS:**

1º) **DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la entidad SILSIA S.L. representada por la Procuradora Sra. Dña. María Garau Montané contra el Auto nº 278/2011 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que **CONFIRMAMOS** íntegramente

2º) Con imposición de las costas devengadas en esta instancia a la parte apelante en atención al principio de vencimiento objetivo.

Contra la presente sentencia **no** cabe recurso ordinario.



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

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ