

Roj: **STSJ M 2896/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:2896**

Id Cendoj: **28079330022019100175**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **27/02/2019**

Nº de Recurso: **1063/2018**

Nº de Resolución: **144/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE DANIEL SANZ HEREDERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJCA, Madrid, núm. 32, 27-09-2018,
STSJ M 2896/2019**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2018/0017453

Recurso de Apelación 1063/2018

Recurrente : RETO PIO SL

PROCURADOR D./Dña. RAQUEL DIAZ UREÑA

Recurrido : AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

RECURSO DE APELACIÓN 1063/2018

SENTENCIA NÚMERO 144

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores :

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. José Ramón Chulvi Montaner

Dª. María Soledad Gamo Serrano

Dª. Natalia de la Iglesia Vicente



En la Villa de Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 1063/2018, interpuesto por la mercantil RETO PIO, S.L., representada por la procuradora Dª. Raquel Díaz Ureña, contra el Auto dictado el 27 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 32 de los de Madrid , recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Ordinario núm. 339/2018-0001. Ha sido parte apelada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Letrado de la Corporación Municipal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificado el Auto que ha quedado descrito en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido a trámite por diligencia de ordenación en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó la pieza separada de Medidas Cautelares, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 21 de febrero de 2019, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto el Auto dictado el 27 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de los de Madrid , recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Ordinario núm. 339/2018-0001, por el que se acuerda no ha lugar a otorgar la medida cautelar solicitada de suspensión de la ejecutividad de la Resolución de la Gerente del Organismo Autónomo Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 30 de abril de 2018, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 13 de noviembre de 2017, por la que se declara la ineficacia de la declaración responsable presentada por RETO PIO, S.L. para la implantación de la actividad de bar restaurante con obras de acondicionamiento puntual y exteriores, en el inmueble sito en CL CERVANTES NÚM. 16.

Frente a la citada resolución se alza la mercantil recurrente aduciendo, en síntesis, que: (i) El recurrente no presentó una licencia y el Ayuntamiento la denegó sino que presentó una declaración responsable para actividades económicas, por lo que el statu quo anterior a la fecha de la resolución impugnada es que podía ejercer la actividad y ejecutar las obras; (ii) Existe una evidente apariencia de buen derecho dado que la Administración actuante declaró la ineficacia de la declaración responsable por aplicación de un precepto (artículo 11.2 de la Normativa del **Plan Zonal Específico** de la **Zona de Protección Acústica Especial** del **Distrito Centro**) que había sido declarado nulo por Sentencia judicial que era firme varios meses antes de que se presentara la declaración responsable; y (iii) El cese de la actividad supondría un gravísimo quebranto económico para la recurrente, lo que implicaría un perjuicio gravísimo y de imposible reparación a terceros (11 empleados, proveedores del negocio y clientes).

Por el contrario, el Ayuntamiento de Madrid se muestra conforme con el Auto apelado, por lo que solicita su confirmación con la consiguiente desestimación del recurso de apelación.

SEGUNDO.- Procede recordar, antes de abordar concretamente la fundamentación de la medida cautelar solicitada, que, conforme a una consolidada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, expuesta en el Auto de dicho Alto Tribunal de 6 de abril de 2017, rec. 202/2017 , la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio),



asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según la 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 LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* , 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).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, a la vista de las concretas alegaciones formuladas por ambas partes, a los solos efectos de determinar la medida cautelar solicitada y sin que ello suponga prejuzgar la cuestión de fondo controvertida, resulta conveniente recordar que en la declaración responsable el control previo característico de la licencia se cambia por una posibilidad de control a posteriori, de tal forma que la presentación de una declaración responsable (en el que el solicitante manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos legales para el ejercicio de una actividad que pretende iniciar), en los términos que fije la legislación sectorial, posibilita el inicio de la actividad de que se trate.

Ahora bien, la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar (artículo 69.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Pues bien, viene siendo doctrina de esta Sala y Sección denegar la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de aquellas resoluciones que declaran la ineficacia de una declaración responsable para el ejercicio de una actividad.

Ahora bien, en el caso presente concurren circunstancias **especiales** que aconsejan decretar la medida cautelar interesada.

En efecto, en primer lugar, resulta evidente que el cese de la actividad provoca, de por sí, un evidente quebranto económico de muy difícil o imposible reparación, que puede derivar en una situación que haga ineficaz el proceso (*periculum in mora*).

En segundo lugar, observamos que la Administración actuante declara la ineficacia de la declaración responsable por aplicación de un precepto, el artículo 11.2 de la Normativa del **Plan Zonal Específico** de la **Zona de Protección Acústica Especial** del **Distrito Centro** que, en la fecha en que se presentó la declaración responsable (2 de octubre de 2017) era inexistente puesto que dicho precepto había sido declarado nulo por



Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 1 de abril de 2015 , confirmada en este aspecto por Sentencia de Tribunal Supremo núm. 1035/2017, de 13 de junio de 2017 , con lo que cabe apreciar en la posición jurídica del recurrente-apelante, a juicio de la Sala, una evidente apariencia de buen derecho, debiendo recordarse, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de marzo de 2.010 (recurso 1.481/2.009), que " *La apariencia de 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 solicitado, por lo que es indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada* ", como sin duda aquí se aprecia.

En consecuencia, de cuanto antecede, se desprende la procedencia de estimar la medida cautelar interesada, lo que comporta la estimación del recurso de apelación con la consiguiente revocación del Auto apelado.

TERCERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS. - Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la mercantil RETO PIO, S.L., representada por la procuradora D^a. Raquel Díaz Ureña, contra el Auto dictado el 27 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de los de Madrid , recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Ordinario núm. 339/2018-0001, debemos REVOCAR y REVOCAMOS el referido Auto y, en su lugar, acordamos la suspensión de la ejecutividad de la Resolución de la Gerente del Organismo Autónomo Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 30 de abril de 2018, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 13 de noviembre de 2017, por la que se declara la ineficacia de la declaración responsable presentada por RETO PIO, S.L. para la implantación de la actividad de bar restaurante con obras de acondicionamiento puntual y exteriores, en el inmueble sito en CL CERVANTES NÚM. 16; y todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

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

D. José Daniel Sanz Heredero D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. María Soledad Gamo Serrano D^a. Natalia de la Iglesia Vicente