

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33010280
NIG: 28.079.00.3-2018/0030173

Recurso de Apelación 555/2019

RECURSO DE APELACIÓN 555//2019

**SENTENCIA Nº 698/19 SENTENCIA NÚMERO 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

D^a. M^a Soledad Gamo Serrano

En la villa de Madrid, a trece de noviembre de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso de apelación núm. 555/2019, interpuesto por Imaian, S.A., representada por D^a. [REDACTED] y defendida por D. Vicente Plaza Anson y por el Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas, representado y defendido por D.^a Mercedes González –Estrada Álvarez-Montalvo, contra el Auto dictado en fecha 11 de abril de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid en la pieza separada de medidas cautelares núm. 9/2019-0001, figurando como parte apelada Hamburguesa Nostra, S.L., representada por D^a. [REDACTED] y defendida por D. Luis Briones Bori.

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra. D^a. María de la Soledad Gamo Serrano, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 11 de abril de 2019 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid dictó Auto en la pieza separada de medidas cautelares núm. 9/2019-0001 por el que vino a acordar la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución administrativa impugnada solicitada por Hamburguesa Nostra, S.L. en el recurso entablado contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de las Rozas de 21 de septiembre de 2018, desestimatorio del recurso de reposición entablado contra el adoptado en sesión ordinaria celebrada el 28 de octubre de 2016.

Segundo.- Contra la mencionada resolución judicial Imaian, S.A. y el Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas, a través de sus representaciones procesales respectivas, interpusieron en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

Tercero.- D^a. [REDACTED] en representación de Hamburguesa Nostra, S.L., formuló oposición al recurso de apelación presentado por la Administración demandada y por la codemandada, oponiéndose a su estimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

Cuarto.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, lo que se llevó a efecto el 7 de noviembre de 2019.

A los que son de aplicación los consecuentes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del presente recurso de apelación el Auto dictado el 11 de abril de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid en la pieza separada de medidas cautelares 9/2019-0001, por el que se acordó la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado solicitada por Hamburguesa Nostra, S.L. en el recurso entablado contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de las Rozas de 21 de septiembre de 2018, desestimatorio del recurso de reposición entablado contra el adoptado en sesión ordinaria celebrada el 28 de octubre de 2016, que resolvió denegar la licencia solicitada con núm. de expediente 43/14-0 para adecuación de espacio para instalación de nave en la calle Bruselas núm. 46-C de Las Rozas, ordenando a la interesada la demolición de las obras ejecutadas y la restauración de la nave a su estado originario, con apercibimiento de ejecución subsidiaria, circunscribiendo la suspensión cautelar decretada al acuerdo de demolición.

El pronunciamiento estimatorio de la resolución judicial recurrida se fundamenta, resumidamente, previa exposición sucinta de la normativa y doctrina jurisprudencial aplicables en materia de la denominada justicia cautelar, en la consideración de que, habiéndose invocado en este caso la concurrencia de perjuicios derivados de una temprana ejecución en cuanto a la demolición de unas determinadas obras antes de dictarse Sentencia que ponga término a la controversia y existiendo otros procedimientos que pudieran afectar a la resolución recurrida, además de la alegación relativa a la eventual caducidad de la acción de demolición que habrá de analizarse cuando se resuelva el fondo de la controversia, debe atenderse a los posibles perjuicios que podrían derivar para el interés público de ser estimado el recurso, con la consiguiente necesidad de resarcir los daños y perjuicios dimanantes de la demolición, por lo que procede suspender cautelarmente el acto administrativo impugnado en este concreto extremo sin ser precisa la aportación de aval bancario, al no concurrir los requisitos que contempla el artículo 133 de la Ley jurisdiccional.

Segundo.- Frente a dicho Auto se alza en esta apelación Imaian, S.A., primero, aduciendo, en síntesis: que el litigio versa sobre la construcción sin licencia por parte de Hamburguesa Nostra, S.L. de una nave sobre suelos ajenos a su propiedad, siendo las obras de imposible legalización, al vulnerar las normativas urbanísticas aplicables y estar construido

sobre suelo destinado a acceso de vehículos a los locales colindantes y a sus plazas de aparcamiento, de suerte que las obras ejecutadas impiden a la codemandada acceder a las cuatro plazas de aparcamiento de los dos locales de su propiedad, colindantes con el local arrendado por la recurrente, ocasionando perjuicios importantes a terceros; que, según consta en los informes técnicos, las obras ejecutadas alteran los parámetros urbanísticos, incrementando el volumen construido y de la ocupación en planta e incurriendo en exceso sobre los máximos permitidos; que la medida cautelar solicitada por quien ha infringido todo tipo de normativa, perjudicando gravemente a los colindantes y a los intereses generales, no puede ser concedida, pues es tanto como proteger al infractor frente a los ciudadanos que están actuando conforme a la legislación vigente; y que la caducidad no puede producirse en modo alguno al haber sido realizadas las obras en el año 2014 y haberse formulado inmediatamente denuncia por Imaian, S.A., por más que en la tramitación del procedimiento el Ayuntamiento no haya actuado con la suficiente contundencia y diligencia, pese a la gravedad de los hechos informados por los técnicos municipales y por la codemandada, lo que puede dar lugar a responsabilidades por el retraso en la tramitación.

Como ha quedado anticipado en los antecedentes de hecho de la presente resolución el Excmo. Ayuntamiento de las Rozas ha formalizado, asimismo, recurso de apelación frente al Auto que puso término a la pieza separada de medidas cautelares por los motivos que se exponen en el escrito de recurso respectivo que son los que, resumidamente, se exponen: recayendo sobre la solicitante de la medida cautelar la carga de la prueba no se acredita por la recurrente, en absoluto, que las consecuencias de la ejecución de la resolución administrativa impugnada priven de su verdadera función al proceso, no pudiendo obviarse, desde la perspectiva de la ponderación de los intereses en conflicto, el perjuicio evidente que la suspensión cautelar causa no solo al interés general sino también al de terceros, vecinos y conciudadanos, que sí actúan conforme a la legislación vigente y podrían verse dañados por una actuación ilegal.

Tercero.- A la pretensión revocatoria deducida en esta segunda instancia opone la peticionaria de la medida cautelar, previa exposición de los antecedentes fácticos reputados relevantes: que el recurso entablado por Imaian, S.A. se basa en meras apreciaciones subjetivas, sin acreditar los perjuicios que invoca, no impidiendo la obra ejecutada el acceso a los locales de la apelante a través de la vía pública ni obligando a transitar por la calzada para acceder al establecimiento; que ha caducado el plazo para el ejercicio de la acción por parte

del Ayuntamiento, como resulta de las propias alegaciones vertidas por la codemandada en su escrito de recurso; que el derribo de la obra afectaría a los intereses legítimos de Hamburguesa Nostra, de tal forma que se producirían perjuicios tan graves que su reparación satisfactoria no se lograría, ni por asomo, con la Sentencia favorable que se obtenga en el proceso principal si no se da la medida preventiva previa, ello, además, teniendo en cuenta la existencia de los procedimientos que se detallan en el escrito de demanda y que no han sido resueltos y que el mayor aforo del establecimiento está en el espacio de la terraza, por lo que sin dicho espacio la explotación del negocio es económicamente inviable.

Cuarto.- La correcta resolución de las cuestiones suscitadas en la presente pieza separada aconseja, ante todo, recordar que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso - exigencia que viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora"-, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que subraya que 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 y que el aludido requisito 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 [por todos ATS de 19 de enero de 2018 (rec. 677/2017) y resoluciones que en él se citan].

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 emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, podemos resumir, con los AATS de 10 de diciembre de 2014 (rec. 876/2014), 23 de marzo de 2015 (rec. 952/2014) y 10 de abril de 2018 (rec. 47/2018) y con la STS de 18 de abril de 2016 (casación 2966/2015), 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 de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni 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.

Quinto.- En aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales y al margen del orden expositivo seguido por la parte recurrente debemos examinar en primer lugar el requisito del *periculum in mora* cuya apreciación exige, inexcusablemente, atender a dos parámetros diferenciados, como recuerdan los AATS de 14 de septiembre y 18 de octubre de 2017 (rec. 543/2017 y 581/2017): la irreparabilidad del perjuicio que ocasionaría la ejecución del acto o la aplicación de la disposición contra los que se ha entablado el recurso y la imposibilidad de ejecutar el eventual pronunciamiento de nulidad del acto o disposición impugnados que pudiera dictarse, habiendo puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial que esa ejecución que trata de preservarse -el que viene denominándose efecto útil- es la ejecución *in natura*, en sus propios términos y no por el equivalente económico, esto es, por la vía del resarcimiento o reparación de los daños y perjuicios.

Pues bien en aquellos supuestos en los que, como aquí acontece, lo que se interesa es la suspensión cautelar de una orden de demolición nos encontramos ante un acto de gravamen cuya ejecución modifica la situación fáctica o material preexistente, al suponer la desaparición de la construcción, instalación o edificación, pretendiéndose, a la postre, por el interesado el mantenimiento de dicha situación y atendiendo la solicitud a la finalidad conservativa propia de las medidas cautelares negativas, podemos reputar concurrente el requisito del *periculum in mora* si lo analizamos desde la perspectiva, anteriormente indicada, de la efectividad del eventual pronunciamiento judicial estimatorio del recurso pues, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en anteriores ocasiones cuando se dicte sentencia en el recurso principal

con seguridad la restitución de las obras a su estado original se habrá efectuado y de ser estimatoria la sentencia, sólo podrá ser resarcido el recurrente por el equivalente económico [por todas Sentencias de 29 de enero y 25 de septiembre de 2019 (apelación núm. 881/2018 y 431/2019, respectivamente)].

Sexto.- Así las cosas y desde la perspectiva de la necesaria ponderación de los intereses en conflicto cabe traer a colación lo que exponíamos en nuestra Sentencia de 16 de abril de 2014 (rec. 76/2014), en la que afirmábamos que “(...) *este Tribunal ha entendido, en los supuestos de demolición, que debe ponderarse el interés público representado por la ejecución del acto administrativo y el particular del recurrente, que se centra en la conservación de lo construido; conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente, entre otros, el Auto del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre de 1.996, toda orden de demolición, por su propia naturaleza, implica destrucción de riqueza material, por lo que, si se ejecuta antes de la culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad, puede dar lugar, en el caso de que quede revocada posteriormente, a perjuicios de muy difícil reparación. Por ello, cuando se trata de un supuesto de demolición de obras, este Tribunal siempre ha accedido a la suspensión de la ejecución del acto administrativo, aun en ejecución sustitutoria, dado que pudiera darse el caso de que existieran motivos, en abstracto, para la estimación del recurso, desde deficiencias formales en la tramitación del expediente, (falta del requerimiento de legalización), falta de competencia del órgano que acuerda la demolición, caducidad del expediente de restauración de la legalidad, caducidad de la acción de restauración de la legalidad, en lo relativo a la orden previa de demolición, e incluso, si se trata de impugnación de la orden de ejecución sustitutoria de la demolición, la existencia de hechos posteriores a este acto impositivos de la propia demolición, como el supuesto de la legalización ex post facto, la prescripción o el cambio de las Normas Urbanísticas en el Plan General de Ordenación Urbana que permitieran la legalización de la obras, o defectos formales, como la falta de competencia del órgano que acuerda la demolición en la tramitación del expediente (...)*”, criterio que hemos venido acogiendo en posteriores Sentencias [así, Sentencia de 4 de julio de 2018 (apelación 263/2018) y las antes mencionadas de 29 de enero y 25 de septiembre de 2019, por citar las más recientes].

No habiendo justificado el Ayuntamiento apelante en qué medida el interés público demanda la demolición inmediata y no siendo atendibles a estos concretos efectos meros argumentos basados en la abstracta defensa de la legalidad urbanística que a dicho Ente local compete ni apareciendo tampoco debidamente justificado que la suspensión cautelar decretada en la instancia vaya a provocar graves perjuicios al interés general o de terceros excediendo, de hecho, las cuestiones suscitadas por la codemandada en su escrito de recurso del estrecho ámbito característico de una pieza separada de medidas cautelares- se impone la desestimación de los recursos de apelación interpuestos.

Séptimo.- Procede imponer a las entidades apelantes, por mitad, el pago de las costas procesales de esta segunda instancia, por directa aplicación del criterio del vencimiento objetivo que consagra el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio y al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado tercero del mismo precepto legal, señala 1.000 euros como cuantía máxima, por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en atención a la naturaleza y complejidad del asunto y la actuación profesional desarrollada.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por IMAIAN, S.A., representada por D^a. [REDACTED] y por el Excmo. AYUNTAMIENTO DE LAS ROZAS, representado por D. Ramón Entrena Cuesta, contra el Auto dictado el 11 de abril de 2019 por el Juzgado de lo ContenciosoAdministrativo núm. 33 de Madrid, confirmando la resolución apelada e imponiendo a las entidades recurrentes, por mitad, las costas procesales de la segunda instancia, con el límite máximo indicado en el último de los fundamentos de la presente Sentencia.

Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo Cuerpo legal, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la ley Orgánica del Poder Judicial, que habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-000-85-0555-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 00493569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. M^a Soledad Gamo Serrano

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.