

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33010310
NIG: 28.079.00.3-2019/0006052

RECURSO DE APELACIÓN 721/2019

SENTENCIA NÚMERO 23/2020
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. María Soledad Gamo Serrano

En la Villa de Madrid, a seis de febrero de dos mil veinte.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotados al margen, el recurso de apelación número 721/2019 interpuesto por el Ayuntamiento de Las Rozas, representado y dirigido por el Letrado D. Ramón Entrena Cuesta, contra el Auto de fecha 8 de julio de 2019 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, en la pieza de

medidas cautelares nº 135/2019 (procedimiento ordinario). Siendo parte apelada la mercantil GOA EVENTOS 2017, S.L., representada por el Procurador D. Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros y dirigida por el Letrado D. José María Prados Barral.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 8 de julio de 2019 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 25 de Madrid en la pieza de medidas cautelares nº 135/2019 (procedimiento ordinario), se dictó auto por el que se dispone:

“Acordar la medida cautelar solicitada y suspender dicha resolución”.

SEGUNDO.- Por escrito presentado en la pieza separada, el Letrado del Ayuntamiento de Las Rozas interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando en su día previos los trámites legales se dictara nueva resolución por la que se revoque el Auto recurrido y se desestime la solicitud de adopción de medida formulada de contrario.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte apelada, que se opuso a la apelación por escrito presentado.

CUARTO.- Elevadas las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda y siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ramón Chulvi Montaner, se señaló el 23 de enero de 2020, para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, día y hora en que tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto frente al Acuerdo adoptado por la Concejalía de Presidencia, Urbanismo y Portavoz del Gobierno del Ayuntamiento de Las Rozas de fecha 11 de febrero de 2019, porque el por el que se decreta el cese de actividad de la totalidad de las actividades que se encuentran desarrollándose en la nave sita en la calle Belgrado número 26, edificio Edimburgo de Las Rozas de Madrid. El cese de la actividad y la clausura del local permanecerá vigente hasta que no se decrete el levantamiento de dicha clausura y cese de la actividad, que se podrá obtener una vez que el local cuente con la habilitación legal correspondiente.

El auto apelado concede la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado argumentando que *“si bien es criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no es posible el ejercicio de la actividad sin licencia actividad, en el presente supuesto no se ha formulado oposición de la demandada a la solicitud de suspensión, lo que es decisivo para la resolución de la presente pieza separada, toda vez que quedado sin respuesta las alegaciones de la recurrente, situación de fuera de ordenación, licencia anterior al año 92, pérdida de puestos de trabajo, declaración responsable ...”*

El Ayuntamiento apela el auto alegando que en relación con el *periculum in mora*, la recurrente no ha probado de ninguna forma que el cese tenga que provocar su declaración de concurso o que deba despedir a los empleados que dice tener. En cuanto a la ponderación entre el perjuicio que causaría la suspensión de la resolución impugnada al interés público y al de terceros y el supuesto perjuicio que sufriría la recurrente en caso de no suspenderse dicha resolución, no puede obviarse el hecho de que la suspensión de la ejecución de una orden de cese cautelar de actividad de un restaurante de gran afluencia causa un perjuicio evidente no sólo al interés general, sino también al de terceros, vecinos y conciudadanos que actúan conforme a la legislación vigente y podrán verse dañados por la actuación ilegal al estar desarrollándose en la actividad sin licencia funcionamiento, por lo que debe entenderse prevalente el interés general. Por último considera que no concurre apariencia de buen derecho pues la propia demandante reconoce que no disponía de licencia funcionamiento.

La parte apelada se opone a la apelación en base a tres argumentos. En primer lugar alega la inexistencia de oposición en tiempo y forma a la medida cautelar solicitada, pese a estar debidamente emplazado el Ayuntamiento de Las Rozas, no pudiendo el Ayuntamiento

acudir ahora al recurso apelación formulando las alegaciones que debió realizar en fase de oposición a la medida cautelar. En segundo lugar alega la inexistencia de referencia en el recurso planteado de la infracción cometida por el Jugador en el auto recurrido. En tercer lugar considera que no ha quedado acreditado la existencia de perturbación de los intereses generales y de terceros, vinculados a la suspensión de la orden de cese de la actividad recurrida. Por el contrario, la ejecución del acto producirá efectos irreparables en el negocio de la recurrente, perdiendo el recurso contencioso su finalidad, quedando afectados 25 puestos de trabajo.

SEGUNDO.- En la regulación de las medidas cautelares contenida en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 129 y 130), para la adopción de las mismas debe apreciarse que o bien sean precisas para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, entendida como la posibilidad de ejecutarse en sus propios términos y no por el equivalente económico (reparación de perjuicios) o, como ha señalado el Tribunal Supremo, preservar lo que se ha denominado el efecto útil de la sentencia (TS 3ª secc. 3ª S 2-12-2002), o bien pueda evitarse la pérdida de la finalidad legítima del recurso. No obstante incluso aun concurriendo alguno de esos presupuestos, no sería suficiente para adoptar la medida pues debe ponderarse si los intereses generales o de terceros quedarían perturbados de forma grave en caso de adoptarse la medida cautelar.

En el presente caso, en principio cabría apreciar que concurren los presupuestos legales para adoptar la medida cautelar pues la efectividad de la sentencia está comprometida en parte (entendida dicha efectividad, como hemos dicho antes, por la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y no por el equivalente económico), pues cuando se dicte sentencia en el recurso principal, con seguridad la clausura de la actividad se habrá efectuado y ese tiempo de clausura, de ser estimatoria la sentencia, sólo podrá ser resarcido por el equivalente económico. Además, hay que apreciar que concurre una cierta pérdida de la finalidad legítima del recurso pues los perjuicios económicos para el recurrente, de ejecutarse inmediatamente la clausura, sin esperar a que recaiga sentencia firme, son presumibles pues no podrá realizar la actividad económica de restaurante durante ese tiempo.

No obstante, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha señalado que no basta con apreciar la pérdida de la finalidad legítima del recurso para conceder la medida pues en el sistema de la LJCA se ha introducido un contrapeso que consiste en la "valoración

o ponderación del interés general o de tercero (TS S-14-6-2005), de forma que si se apreciara una perturbación grave de esos intereses, la medida debe denegarse.

En este punto, debemos tener también en cuenta que es doctrina reiterada de esta Sala y Sección, por todas, sentencia de 2/3/2016, recurso 652/2015, de considerar *“como prevalente el interés público derivado del control previo de la Administración sobre las obras o actividades proyectadas (si se ajustan o no a las exigencias del interés general), frente al eventual perjuicio particular derivado del cierre o precinto de la correspondiente actividad (...)”*. Más recientemente, en sentencia de 19 de enero de 2017, recurso 953/2016, hemos dicho que *“es doctrina de esta Sala la consideración como prevalente del interés público derivado del control previo de la Administración sobre las obras o actividades proyectadas (si se ajustan o no a las exigencias del interés general), frente al eventual perjuicio particular derivado del cierre o precinto de la correspondiente actividad. Una eventual suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa aquí impugnada equivaldría, de facto, al otorgamiento de una licencia provisional mientras se sustancia el recurso principal y ello, sin haberse efectuado control, formal o material, alguno sobre si la actividad concreta es o no conforme con el ordenamiento jurídico, lo que equivaldría, en definitiva, a soslayar el mecanismo de declaración responsable o de licencia previstos por el ordenamiento jurídico, con carácter previo al ejercicio de la concreta actividad, como necesaria técnica de control puesta en manos de la Administración”*.

TERCERO.- Es lo que ocurre en el presente caso en el que la parte recurrente no acredita que el restaurante disponga de la preceptiva licencia de funcionamiento e incluso reconoce que carece de dicha licencia, aunque pretenda justificarlo en la constante oposición del Ayuntamiento e Las Rozas a resolver sobre las peticiones y fundamentos que avalan la legalidad del uso, aspecto que no podemos entrar a analizar en esta pieza de medidas pues, si lo hiciéramos, se estaría anticipando de modo indebido la resolución de la cuestión de fondo al resolver la pieza de suspensión, lo que no es admisible pues se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (TS 3ª secc. 6ª S 18 de julio de 2000).

Por todo ello, debemos entender que es prevalente el interés general sobre el particular de la recurrente, pues el ejercicio de la actividad sin disponer de licencia que ampare su funcionamiento (licencia de funcionamiento), perturba gravemente dicho interés general, perturbación que no puede soslayarse por los perjuicios económicos que pudieran

ser ocasionados a la recurrente por la ejecución del cese de la actividad o a terceros empleados de dicha mercantil. El interés general demanda que todas las actividades se desarrollen contando con las debidas autorizaciones.

Y ese interés general no puede soslayarse por la circunstancia de que el Ayuntamiento no presentara escrito oponiéndose a la medida cautelar dado que esa falta de oposición no puede conllevar sin más análisis la adopción de la medida cautelar de suspensión. En sentencia de 12/12/2019, esta Sala y Sección hemos dicho que *“Ahora bien una cosa es que el carácter rogado de la jurisdicción excluya la posibilidad de que el órgano jurisdiccional acuerde, ex officium, medidas cautelares (de manera que si no se solicitan no le cabe a la Sala adoptarlas y el pleito sigue su tramitación sin ellas) y otra bien distinta que la falta de formalización de oposición por parte de la Administración demandada a una solicitud de medida cautelar deba actuar a modo de una suerte de allanamiento o de conformidad o aquietamiento tácitos o desembocar, necesariamente, en una estimación de aquella, lo que dependerá directamente de la constatación de la efectiva concurrencia de los presupuestos y requisitos a los que aparece legalmente supeditada la justicia cautelar (artículos 129 y siguientes de la Ley jurisdiccional), sin que la falta de oposición aludida pueda relevar a la peticionaria de la medida cautelar de la carga procesal de justificar tales presupuestos y requisitos”*.

Y tampoco puede acogerse la alegación de la parte apelada de inexistencia de referencia en el recurso apelación de la infracción cometida por el Juzgador en el auto apelado, dado que el recurso apelación contiene la suficiente crítica de la auto de medidas.

Por ello debe estimarse la apelación interpuesta por el Ayuntamiento y con revocación del auto apelado, denegar la medida cautelar solicitada.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, apreciase la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el presente caso, estimándose la apelación no procede imponer las costas, y en cuanto a las de instancia tampoco procede su condena ya que no se impusieron en la instancia y este pronunciamiento no ha sido combatido motivadamente en la apelación.

Vistas las disposiciones legales citadas

FALLAMOS

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Ayuntamiento de Las Rozas, contra el Auto de fecha 8 de julio de 2019 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 25 de Madrid, en la pieza de medidas cautelares nº 135/2019 (procedimiento ordinario), y revocamos dicho auto, acordando denegar la medida cautelar interesada por la parte recurrente de suspensión de la ejecución de la resolución administrativa recurrida descrita en el FD PRIMERO de esta sentencia; sin imposición de costas ni en la apelación ni en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndolas que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito que deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, exponer que se da cumplimiento a los requisitos impuestos en el apartado nº 2 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los únicos motivos recogidos en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando concurren entre otras, las circunstancias recogidas en el apartado 2º del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se presume interés casacional objetivo en los términos recogidos en el apartado 3 de dicho artículo 88 de la citada Ley), previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612-0000-85-0721-19 (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 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se

consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0721-19 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, Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. María Soledad Gamó 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.