

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

NIG: 28.079.00.3-2020/0010805

Recurso de Apelación 169/2021

RECURSO DE APELACIÓN 169/2021

SENTENCIA NÚMERO 231/2021
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCION
SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero **Magistrados:**
D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez
D. José Ramón Chulvi Montaner
D. Álvaro Domínguez Calvo
D^a. M^a Soledad Gamo Serrano

En la villa de Madrid, a veintinueve de abril de dos mil veintiuno.

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. 169/2021, interpuesto por la Real Federación Española de Fútbol, representada por D^a. Beatriz González Rivero y defendida por D. Jordi Aparisi Seguí, contra



el Auto dictado en fecha 21 de octubre de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid en la pieza separada de medidas cautelares núm. 201/2020-0001, figurando como parte apelada el Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas, representado y defendido por Letrada Consistorial.

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 21 de octubre de 2020 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid dictó Auto en la pieza separada de medidas cautelares núm. 201/2020-0001 por el que vino a denegar la suspensión cautelar del acto administrativo impugnado solicitada por la Real Federación Española de Fútbol, representada por D^a. Beatriz González Rivero, en el recurso contencioso administrativo entablado contra el Decreto del Concejal-Delegado de Deportes Distrito Sur del Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas de fecha 14 de febrero de 2020.

Segundo.- Contra la mencionada resolución judicial D^a. Beatriz González Rivero, en la representación indicada, interpuso 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.- La Letrada del Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas formuló oposición al recurso de apelación presentado por la parte actora interesando su desestimación 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 15 de abril de 2021.



A los que son de aplicación los consecuentes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Es objeto del presente recurso de apelación el Auto dictado el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid en los autos de pieza separada 201/2020-0001, por el que se denegó la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado solicitada por la Real Federación Española de Fútbol en el recurso contencioso administrativo entablado contra el Decreto del Concejal-Delegado de Deportes Distrito Sur del Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas, por el que se requiere a la recurrente y aquí apelante para la presentación de un Proyecto de Ejecución, en relación con las instalaciones de la finca sita en la calle Ramón y Cajal s/n de dicho municipio, así como para la justificación del uso de residencia deportiva como tal residencia y no como hotel con uso lucrativo.

Se sustenta el pronunciamiento desestimatorio combatido en esta segunda instancia, en síntesis, previa exposición de la normativa y doctrina jurisprudencial aplicables en materia de la denominada justicia cautelar, en la consideración de que la recurrente no acredita, en absoluto, que las consecuencias de la resolución administrativa impugnada priven de su verdadera función al proceso, no habiendo justificado la solicitante de la medida cautelar que carezca de solvencia para hacer frente a los pagos que derivan del cumplimiento del acto recurrido ni que tales pagos puedan causar un perjuicio irreparable, al ser la Administración demandada un Ente público perfectamente solvente, comportando la estimación de la pretensión, en suma, la anticipación de la resolución definitiva al caso y debiendo prevalecer los intereses generales sobre el particular de la recurrente.



Segundo.- Frente a dicha Sentencia se alza en esta apelación la Real Federación Española de Fútbol, a través de su representación procesal, aduciendo, resumidamente: que no se trata única o exclusivamente de una cuestión de índole económica, sino de dilucidar si las obras que pretende el Ayuntamiento que la apelante realice son conformes a Derecho, resultando el *periculum in mora* del hecho de que, si se ejecutan las obras que se indican en el informe en que se sustenta la resolución administrativa impugnada, las mismas son de tal envergadura que implican una demolición y reconstrucción de algunos edificios y/o dependencias de la denominada “Ciudad del Fútbol” que, desde hace más de veinte años, se encuentran en pleno funcionamiento y que, en caso de obtener una Sentencia favorable, sería imposible devolver al estado anterior al procedimiento judicial; que la relación de obras exigidas por la Administración (de forma absolutamente ilícita, improcedente y extemporánea) se basa en un informe elaborado por una empresa externa al Ayuntamiento que el propio técnico municipal no ratifica en su totalidad y que, incluso, afecta a un posible exceso de edificabilidad y que solo por ese motivo implicaría una demolición imposible de reparar o subsanar en caso de estimación del recurso contencioso administrativo, además de ser evidente que no existe en el pliego ninguna obligación del concesionario de adaptar la obra finalizada en el año 2003 a las exigencias del CTE y que, de haber precisado las instalaciones de legalización, ello debería haberse realizado con carácter previo a la firma del documento de concesión, pues una Administración Pública no puede convocar un concurso para la concesión de unas instalaciones ilegales, como tampoco es el Técnico municipal el órgano competente para dilucidar los efectos de la anulación judicial, en el año 2004, de la licencia de obras por ser los terrenos afectados de dominio público municipal; y que, finalmente, dentro de la apariencia de buen derecho, es evidente la caducidad del procedimiento administrativo.

Tercero.- A la pretensión revocatoria deducida en esta segunda instancia opone el Excmo. Ayuntamiento de Las Rozas: que, como se expone en el Auto recurrido, la petición de la medida cautelar no justifica la concurrencia del presupuesto del *periculum in mora*, pues de ser estimada la demanda podrían resarcirse los gastos realizados sin necesidad y no parece posible poner en duda la solvencia de la Administración demandada, pretendiendo la recurrente una mera anticipación de lo que posteriormente podrá dictarse de proceder la acción ejercitada; que, tras la anulación de la licencia de obra mayor por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de 5 de



octubre de 2004, dictada en el recurso 433/1999, las instalaciones construidas carecen de licencia de obra, no habiéndose concedido tampoco, en las antedichas circunstancias, licencia de funcionamiento por lo que, debiéndose tramitar dichas licencias en la actualidad (obligación que se contemplaba como propia del concesionario) el proyecto que se presente debe ajustarse al Código Técnico de la Edificación, estando debidamente motivada la resolución impugnada en la totalidad de los extremos indicados en los informes técnicos y jurídicos obrantes en el expediente, sin que la valoración acompañada en el informe pericial sobre el coste de las obras a realizar guarde relación con el contenido del Decreto, que se refiere únicamente a la presentación del Proyecto de ejecución; que la suspensión de una orden de lo que no es sino adecuación a la legalidad causa un perjuicio evidente tanto al interés general como al de terceros, vecinos y conciudadanos que sí actúan conforme a la legislación vigente.

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.- Sobre las consideraciones generales que han quedado anteriormente expuestas lo cierto es que esta misma Sala y Sección ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la improcedencia de acordar la suspensión cautelar de un requerimiento de legalización, atendido el contenido y efectos propios de esta clase de actos administrativos, los cuales no son sino constitutivos de un requerimiento practicado al amparo del artículo 193 o 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid según se trate de obras en curso o de obras terminadas para que se solicite la pertinente licencia en plazo legal en relación con las obras cuya paralización se ordena, por lo que no se comprende qué daños y perjuicios pueden ocasionarse con su cumplimiento, y mucho menos que, los posibles sean de difícil o imposible reparación, situación que no se altera por la mera circunstancia de que se contenga en el mismo requerimiento una advertencia en cuanto a la posible demolición de las obras realizadas de no solicitarse u obtenerse la legalización. En suma en estos supuestos la efectividad de la sentencia (entendida dicha efectividad por la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y no por el equivalente económico) no se vería comprometida, dado que de ser dictada sentencia estimatoria a las pretensiones de la recurrente en el recurso principal, el requerimiento de legalización quedaría sin efecto. Lo que, eventualmente, causará perjuicio y podrá justificar la adopción de la medida será el ulterior acuerdo de demolición o la clausura de la actividad [por todas Sentencias de 29 de enero de 2019 (apelación 921/2018), 3 de julio de 2019 (apelación 150/2019) y 29 de junio de 2020 (apelación 41/2020)].



La anterior doctrina resulta plenamente extrapolable al supuesto concreto sometido a nuestra consideración pues, en definitiva, el contenido y finalidad del Decreto impugnado en el procedimiento principal sustanciado en la instancia no es otro que la legalización de ciertas obras y uso de la edificación por la específica vía de la presentación de un proyecto de ejecución comprensivo de ciertas obras o construcciones y de la justificación del efectivo uso deportivo de las instalaciones, siendo que los perjuicios que dimanen de la materialización de dicho acto no devienen, frente a lo que aduce la recurrente, de la eventual ejecución de obras o demolición de instalaciones, construcciones o edificaciones existentes (los cuales tendrán lugar, en su caso, en el ulterior momento de acometerse las obras o actuaciones proyectadas) sino de los gastos dimanantes de la elaboración del proyecto de ejecución requerido.

No concurriendo el presupuesto de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, por cuanto acabamos de exponer, no resulta procedente entrar en el juicio ponderativo de los intereses en conflicto, ni mucho menos en la eventual virtualidad en el caso de la doctrina del "fumus boni iuris" invocada por la apelante.

Sexto.- En efecto, en relación con la doctrina sobre la apariencia de buen derecho – no idónea para sustentar, por sí sola o en exclusiva, la medida cautelar [por todas SSTs de 23 de marzo de 2010 (rec 1481/2009) y 21 de diciembre de 2012 (casación 5459/2011)]- como innovación respecto de los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión y pese a la inexistencia de apoyo normativo expreso en nuestra legislación procesal específica, la doctrina jurisprudencial ha terminado por admitir la valoración, con carácter provisional y sin prejuzgar lo que, en su día, se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

Si dicho criterio fue acogido inicialmente con gran amplitud en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación, circunscribiendo su operatividad a los supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, a los actos dictados en cumplimiento o ejecución



de una disposición general declarada nula, a la existencia de una sentencia que anule el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y a la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, puesto que, en definitiva, cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que no se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 CE, que reconoce el derecho del proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, al no ser el incidente de suspensión cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del litigio [por todos AATS de 10 de octubre de 2018 (rec. 80/2018) y 31 de octubre de 2018 (rec 380/2018, 381/2018 y 382/2018)].

En el caso concreto aquí examinado no concurre ninguno de los supuestos aludidos, al no haber sido declarada la nulidad de un acto o disposición anterior en los términos exigidos por la doctrina jurisprudencial citada ni poder apreciarse con evidencia, de forma clara, nítida, terminante y ostensible, la concurrencia de vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho. Las consideraciones vertidas en la solicitud sobre los vicios determinantes de la nulidad de la actuación administrativa impugnada que se invocan y las formuladas por la Administración en el escrito de alegaciones formalizado en la pieza separada elevada a esta Sala respecto a la existencia misma de tales vicios invalidantes exceden ampliamente del ámbito limitado propio de una pieza de medidas cautelares, de forma y manera que resolver sobre la medida cautelar que se solicita en base a la apariencia de buen derecho supondría anticipar el debate sobre la cuestión de fondo en un momento y ámbito procesalmente improcedente.

Séptimo.- Las costas de esta segunda instancia han de imponerse a la recurrente por directa aplicación del criterio del vencimiento objetivo que consagra el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, 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 (más el I.V.A. correspondiente) 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 D^a. Beatriz González Rivero, en representación de la REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL, contra el Auto dictado el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid, confirmando la resolución apelada e imponiendo a la recurrente las costas procesales de esta segunda instancia, con el límite máximo indicado en el último de los fundamentos de derecho 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 y 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 n° 2612-000-85-0169-21 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo n° 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 n° 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.

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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, ÁLVARO DOMÍNGUEZ CALVO