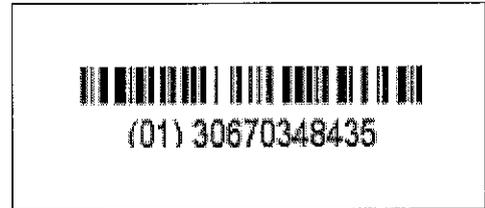


Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1
- 28004
33010310
NIG: 28.079.00.3-2015/0018837



RECURSO DE APELACIÓN 223/2016

SENTENCIA NÚMERO 649
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. [REDACTED]

Magistrados:

D. [REDACTED]

D. [REDACTED]

En la Villa de Madrid, a dieciséis de septiembre de dos mil dieciséis

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 223/2016, interpuesto por el

Con fecha 7-10 se pasa al depto. de S. Jurídico } 1

Para su tramitación conforme al procedimiento legalmente establecido.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto el Auto dictado el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de los de Madrid, recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Ordinario núm. 404/2015, por la que se acuerda la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del Decreto 1764/2015, de 26 de agosto de 2015, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Majadahonda, desestimatoria del recurso de reposición formulado frente a la Resolución de 23 de junio de 2015, exclusivamente en el extremo relativo a la demolición de obras que ordena la retirada y desmontaje inmediato de todos los elementos de la terraza por carecer de la preceptiva autorización.

El citado Auto fundamenta la adopción de la expresada medida cautelar, en síntesis, *“en los perjuicios que, expuestos por el recurrente, se derivarían de la inmediata ejecución de la orden de demolición recurrida”*, así como en la doctrina jurisprudencial según la cual 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.

El Ayuntamiento de Majadahonda discrepa de los criterios en que se sustenta la expresada Sentencia aduciendo, en síntesis, que: (i) Habiendo sido ya demolida la terraza, la medida cautelar ahora adoptada podría implicar de facto una autorización a la actora para proceder de nuevo a instalar la terraza, lo que entraría en contradicción con el mantenimiento de la ejecutividad del resto del contenido dispositivo del Decreto impugnado; y (ii) Los eventuales daños y perjuicios que pudiera sufrir la recurrente derivarían solo de los costes en que incurriera la actora al proceder a la demolición de la terraza, resaltando frente a ello el perjuicio al interés general que se causaría instalar de nuevo la terraza sobre una zona verde pública ajardinada, así como que la instalación inicial de la terraza suscitó la presentación de diversas quejas de la Comunidad de Propietarios [REDACTED].

La mercantil recurrente-apelada, sin embargo, se muestra conforme con el expresado Auto por lo que solicita, con desestimación del recurso de apelación, su íntegra confirmación. Argumenta, en síntesis, que: (i) Los elementos de la terraza no han sido desmontados en su totalidad, aludiendo a que en la actualidad se encuentra instalado todo el solado de la terraza; (ii) La instalación de la terraza no causa perjuicio alguno al

especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar. Ahora bien, como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo -entre otras muchas, Sentencias de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996, 26 de febrero de 1998, 21 de diciembre de 1999, 22 de enero, 26 de febrero, 22 de julio y 23 de diciembre de 2000, 2 de junio y 24 de noviembre de 2001, 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003 -, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado

desmontaje del solado fueran irreparables y menos aún que ello haría perder su finalidad legítima al recurso, creando una eventual situación irreversible, ante la facilidad de la eventual reposición, a costa de la Administración municipal, de la terraza. Esto es, falta así la concurrencia del primero de los criterios legales exigidos para la adopción de la medida cautelar (“*periculum in mora*”), referidos en el anterior fundamento jurídico.

Por otra parte, en supuestos como el presente, en el que las obras que se ordena retirar y desmontar han sido realizadas en terrenos de dominio público sin la previa obtención de la autorización que así las avale y legitime, no resulta de aplicación la jurisprudencia sobre órdenes de demolición de obras ejecutadas sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de la misma, prevaleciendo en tales supuestos los intereses públicos frente a los particulares (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000 (rec. 5318/1998).

CUARTO.- Pudiera pensarse en la procedencia de adopción de medidas cautelares de contenido positivo.

Ciertamente, es cierto que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de suspender la ejecutividad de actos de contenido negativo. Así, por ejemplo, como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2011, rec. 3941/2009, “*en materia de extranjería, como evidenció la sentencia de 16 de mayo de 2000 (casación 1953/97, FJ 1º) EDJ 2000/19524 , que invocando otros pronunciamientos, en particular las sentencias de 13 de marzo de 1999 (casación 6337/95) EDJ 1999/9830 y 28 de septiembre de 1999 (casación 2000/95), explicó que, si bien la denegación de la exención de visado es un acto de contenido negativo, la obligación de salir del territorio español tiene un evidente carácter positivo , por lo que, aun impuesta legalmente, es susceptible de suspensión cautelar. En otros casos, relacionados con la misma materia, en los que se denegaba una tarjeta de residencia de un estudiante (p. ej.: la sentencia de 16 de julio de 2002 (casación 7922/99)), la Sala tomó en consideración varias circunstancias concurrentes, como el arraigo, los estudios universitarios cursados y sobre todo la consecuencia "positiva " del acto denegatorio, que era la salida de nuestro país, circunstancia que modificaba sustancialmente la situación de quien recurría*”.

Ahora bien, como igualmente se ocupa de recordar la expresada Sentencia de 10 de octubre de 2011, “*Por el contrario, tratándose de concesiones administrativas y actos autorizatorios en general la solución ha sido la contraria. En la sentencia de 12 de abril de*

en cuenta que, según constante y reiterada doctrina jurisprudencial, la doctrina de la apariencia de buen derecho debe tratarse “*con exquisita prudencia, por el riesgo ... de prejuzgar el fondo del asunto y quebrantar el derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías*”, (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2011 –rec. 3333/2010- y las en ella citadas), cuya eventual admisión se viene efectuando en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, no siendo ninguno de dichos supuestos concurrentes en el caso presente examinado.

En consecuencia, de cuanto antecede se desprende la estimación del recurso de apelación que nos ocupa, con la consiguiente revocación del Auto apelado en los términos que se dirán en la parte dispositiva de la presente.

SEXTO.- 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 la presente alzada.

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

F A L L A M O S

Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por el el AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA, representado por el Letrado D. [REDACTED], [REDACTED], contra el Auto dictado el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de los de Madrid, recaído en la Pieza Separada de Suspensión del Procedimiento Ordinario núm. 404/2015, debemos REVOCAR y REVOCAMOS el referido Auto en el particular referido a la adopción de la medida cautelar en el extremo en él referido, que la dejamos sin efecto; y 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