



Roj: STSJ CAT 11719/2017 - ECLI: ES:TSJCAT:2017:11719

Id Cendoj: 08019330032017100839

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Barcelona

Sección: 3

Fecha: 28/11/2017

Nº de Recurso: 350/2016

Nº de Resolución: 824/2017

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: FRANCISCO LOPEZ VAZQUEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

Rollo de apelación número 350/2016 (A)

Dimanante del recurso ordinario nº 24/16 del JCA 13 Barcelona (Pieza de medidas cautelares)

Parte apelante: "ARAMERSA, SA"

Parte apelada: Ayuntamiento de Barcelona

SENTENCIA Nº 824

Ilmos. Sres. Magistrados

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Eduardo Rodríguez Laplaza

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey, el recurso de apelación seguido ante la misma con el número de referencia, promovido, en su calidad de parte apelante, a instancia de "ARAMERSA, SA", representada por el procurador de los tribunales Sr. Rodés Menéndez, contra el Ayuntamiento de Barcelona, representado, en su calidad de parte apelada, por el procurador Sr. Sanz López, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . Por el Juzgado número 13 de los de Barcelona, en la pieza separada de medidas cautelares de su procedimiento arriba indicado, se dictó auto de fecha 5 de julio de 2.016 , denegando la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución administrativa impugnada.

SEGUNDO . Interpuesto recurso de apelación, admitido, formulada oposición, remitidas las actuaciones a la Sala y comparecidas las partes, se señaló la votación y fallo para el día 24 de noviembre de 2.017. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez, quien expresa el parecer del unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Solicitada la suspensión de la resolución recurrida sobre la base de los artículos 129 y siguientes de la ley jurisdiccional , y siempre partiendo de que no se está ahora en el momento procesal de entrar a valorar



en profundidad lo que constituye el fondo del asunto, ni tan siquiera a los efectos meramente cautelares de que se trata, pues en otro caso se estaría anticipando el fallo correspondiente al momento final del proceso, cabe recordar que, si bien la regla general de la ejecutividad del acto administrativo no excluye la posibilidad de su suspensión, es procedente en todo caso la ponderación de los intereses públicos y de tercero, atendido el perjuicio que para el interés general pudiera acarrear la adopción de la medida cautelar solicitada, y sin perder de vista en todo caso tanto la posible concurrencia de un peligro de daño jurídico para los intereses del recurrente por una posible demora del proceso (*"periculum in mora"*), como la eventual apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado, con la consiguiente probable ilegalidad del actuar administrativo (*"fumus boni iuris"*).

La doctrina de la apariencia de buen derecho 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 ley jurisdiccional no hace expresa referencia a ese criterio, de establecimiento jurisprudencial, como reflejo del contenido del artículo 728 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil, donde sí que se recoge tal criterio, del que la jurisprudencia viene efectuando una aplicación más matizada, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, 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 como 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. 22-11-93 y 7-11-95 y STS. 14-1-97, entre otros- (STS. 15 de marzo de 2004).

SEGUNDO . 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, entendiendo que 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 (STS. 15-3-05).

Correspondiendo al interesado en obtener la suspensión la carga de probar que las consecuencias de la ejecución, en el caso concreto de que se trate, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica (STS. 15-3-04).

TERCERO . Pues bien, la valoración con arreglo a los indicados criterios, excluye la adopción de la medida cautelar interesada en el caso concreto, en consonancia con el auto impugnado, al apreciarse por el contrario, además de una apariencia de buen derecho y ajuste al ordenamiento jurídico de la resolución impugnada, que su ejecución ni podría hacer perder al recurso interpuesto su finalidad legítima para el caso de ser estimado en su momento, ni puede producir al recurrente daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, tratándose de una resolución denegando el levantamiento de un precinto que vino acordado ya en otra resolución precedente, objeto de otro recurso contencioso-administrativo donde no consta que se solicitase la suspensión de tal acuerdo, como tampoco consta que la apelante haya subsanado las deficiencias que motivaron el mismo, sin que el derecho constitucional de libertad de empresa obste a su ejercicio bajo el cumplimiento de las exigencias normativas. De forma que, no constando en forma clara y manifiesta la ilegalidad de la resolución administrativa cuya suspensión se pretende, en la fase procesal en que nos encontramos y dicho sea a los efectos meramente cautelares de que ahora se trata, debe ser mantenida en su ejecutividad, quedando en todo caso a salvo los derechos indemnizatorios correspondientes, pues la posible irreparabilidad de los daños queda siempre matizada por el principio de responsabilidad de la administración.



CUARTO . Visto el artículo 139.2 de la ley jurisdiccional y no observándose razones que justifiquen su no imposición, procede condenar en costas en esta alzada a la apelante, bien que hasta el límite que se dirá. Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de "ARAMERSA, SA" contra el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 13 de los de Barcelona de fecha 5 de julio de 2.016 Con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas por las actuaciones seguidas con motivo de esta apelación, bien que limitadas a la cantidad máxima de **500 euros (quinientos euros)** en concepto de honorarios de letrado, con el IVA que corresponda.

Firme que sea esta resolución, con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procedase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella **recurso de casación ante la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**, siempre que pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado y que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por esta Sala sentenciadora, recurso deberá prepararse ante esta misma Sala y Sección sentenciadora en el plazo de los 30 días siguientes al de la notificación de esta resolución, con el cumplimiento de los requisitos enumerados en los artículos 86 y siguientes, debiendo tenerse presente el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2016, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. nº 162, de 6 de julio de 2.016).

No cabrá contra esta resolución, por el contrario, **recurso de casación ante la Sección de Casación de esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia** a que se refiere el segundo inciso del artículo 86.3 de la ley jurisdiccional , por infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, por equiparación en este caso de las sentencias de esta Sala a las dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su propio ámbito, tal como han declarado los autos de la Sección de Casación de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de 10 de mayo de 2.017 (recursos de casación 1/2017, 3/2017, 4/2017, 5/2017 y 8/2017).

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.