



Roj: **STSJ CAT 11739/2018** - ECLI: **ES:TSJCAT:2018:11739**

Id Cendoj: **08019330032018101009**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **28/11/2018**

Nº de Recurso: **391/2017**

Nº de Resolución: **1016/2018**

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 391/2017 (A)

Dimanante del recurso ordinario nº 71/17-E del JCA 10 **Barcelona** (Pieza de medidas cautelares)

Parte apelante: "NEXUS VERITAS, SL"

Parte apelada: **Ayuntamiento** de **Barcelona**

### **SENTENCIA Nº 1016**

#### **Ilmos. Sres. Magistrados**

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Eduardo Rodríguez Laplaza

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

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 "NEXUS VERITAS, SL", representada por la procuradora de los tribunales Sra. Jorba Pamies, 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 10 de los de **Barcelona**, en la pieza separada de medidas cautelares de su procedimiento arriba indicado, se dictó auto de fecha 2 de junio de 2.017 , denegando la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución administrativa impugnada.

**SEGUNDO** . Interpuesto recurso de apelación, admitido, formulada oposición, remitidas las actuaciones a esta Sala y comparecidas las partes, se señaló la votación y fallo para el día 9 de noviembre de 2.018. 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 de la actuación administrativa ( "*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, pero no bajo el simplista argumento empleado en la sentencia de instancia, sino por 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 ordenando el precinto de determinada actividad ejercitada sin licencia (sin duda precedida de una orden de cese en periodo voluntario que no constituye el objeto de este proceso), cuestión no desvirtuada en esta fase cautelar, quedando en todo caso a salvo los derechos indemnizatorios correspondientes para el caso de ser estimada la demanda en su momento, 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 la presentealzada a la parte apelante, bien que hasta el límite que se dirá. Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,



## FALLAMOS

**DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de "NEXUS VERITAS, SL" contra el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 10 de los de **Barcelona** de fecha 2 de junio de 2.017 . Con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas por las actuaciones seguidas con motivo de esta apelación, hasta el límite máximo de **500 euros (quinientos euros)** en concepto de honorarios de letrado, más 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, procedáse 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, hallándose constituido en audiencia pública. Doy fe.