

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Rollo de apelación nº 248/2011

SENTENCIA Nº 993/2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON JOSÉ JUANOLA SOLER

MAGISTRADOS:

DON MANUEL TÁBOAS BENTANACHS

DOÑA ANA RUBIRA MORENO

En la ciudad de Barcelona, a veintitrés de diciembre de dos mil once.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN TERCERA), ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación de auto número 248/2011, interpuesto por representada por el Procurador DON NOEL MAS –BAGÀ MUNNÉ y dirigida por

el Letrado DON JOAQUÍN VIVES DE LA CORTADA, contra el AYUNTAMIENTO DE GRANOLLERS, representada por el Procurador DON ANTONIO CASAÑAS CASAÑAS, con asistencia letrada. Es Ponente Doña Ana Rubira Moreno, Magistrada de esta Sala, quien expresa el parecer de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 149/2010 tramitado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Barcelona, el 21 de marzo de 2011 se dictó auto denegando la adopción de la medida cautelar solicitada, de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, resolución dictada el 16 de septiembre de 2010 por el Alcalde de Granollers y de la correspondiente carta de pago emitida por el Àrea de Serveis Centrals i Hisenda del Ayuntamiento de Granollers, por un importe de 470.933,22 euros, en concepto de ejecución subsidiaria del Proyecto de derribo total de y cierre perimetral del recinto, derivada de la resolución de 19 de julio de 2010, dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Granollers y confirmada por la resolución 1111/2010.

SEGUNDO.- Contra el referido auto la parte actora interpuso recurso de apelación, elevándose las actuaciones a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

TERCERO.- Turnado a la Sección tercera de dicho Tribunal, se acordó formar el oportuno rollo, designar Magistrado Ponente y, no habiéndose recibido el proceso a prueba ni dado trámite de vista o conclusiones, se declararon

conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha adelantado en los antecedentes de hecho, el recurso de apelación tiene por objeto el auto dictado el 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Barcelona, que deniega la adopción de la medida cautelar solicitada, de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, resolución dictada el 16 de septiembre de 2010 por el Alcalde de Granollers y de la correspondiente carta de pago emitida por el Àrea de Serveis Centrals i Hisenda del Ayuntamiento de Granollers, por un importe de 470.933,22 euros, en concepto de ejecución subsidiaria del Proyecto y cierre perimetral del recinto, derivada de la resolución de 19 de julio de 2010, dictada por el Alcalde del Ayuntamiento de Granollers y confirmada por la resolución 1111/2010.

SEGUNDO.- En el escrito de interposición del recurso de apelación se alega que los actos recurridos pretenden que la apelante satisfaga los gastos de derribo de un edificio de su propiedad y ese derribo es consecuencia de la anulación mediante la sentencia número 97/1995 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de las licencias de obras y de actividad que ampararon la construcción del edificio y el desarrollo de la actividad que, según la citada sentencia, fueron erróneamente concedidas por el Ayuntamiento de Granollers, por lo que el causante del derribo es esa Corporación Local.

De lo anterior deduce la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida cautelar, como es la apariencia de buen derecho, pues

el obligado a ejecutar la sentencia es el Ayuntamiento de Granollers y el mismo debe asumir el coste de la ejecución del proyecto de derribo, teniendo en cuenta que aceptó ejecutar provisionalmente la sentencia y condicionar el pago del derribo por la apelante al resultado del expediente de responsabilidad patrimonial que debía tramitarse y que determinaría las necesarias compensaciones, expediente que fue incoado el 5 de noviembre de 2010. También el periculum in mora, pues la ejecución del acto recurrido causaría a la apelante perjuicios de imposible o difícil reparación, con pérdida de la finalidad legítima del recurso, habida cuenta la cantidad a satisfacer y la situación en la que se encuentra la apelante, de falta de recursos económicos necesarios para ello, remitiendo a los documentos que se aportan, balance de situación correspondiente al ejercicio 2010, cuentas depositadas en el Registro Mercantil e informe elaborado por una auditora. En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto refiere que mientras que la ejecución de los actos recurridos ha de comportar importantes perjuicios a la apelante, la suspensión de su ejecutividad no producirá perturbación grave para el interés público, pues supondrá la suspensión del pago de una cantidad a la que debe hacer frente el Ayuntamiento de Granollers. De considerarse necesaria la prestación de garantía se adopta el compromiso de hacer los mejores esfuerzos para intentar prestarla.

TERCERO.- 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. No obstante, 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. 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: la mera

alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso Contencioso-Administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica (STS de 15 de marzo de 2004).

El auto apelado rechaza la apreciación de la concurrencia de *periculum in mora* refiriendo que si bien es razonable deducir que, en general, el abono inmediato de 470.933,22 euros puede provocar en determinadas personas jurídicas dificultades económicas considerables, esa circunstancia debe ser como mínimo probada y en el caso de autos se ha omitido la aportación por la parte demandante de cualquier elemento de prueba que permita saber la situación patrimonial y financiera de la recurrente.

Ante ello, en el escrito de interposición del recurso de apelación se refiere que a continuación se demostrará que la ejecución de los actos recurridos causaría a la apelante perjuicios de imposible o difícil reparación, de modo que la pérdida de la finalidad legítima del recurso no sería una simple posibilidad sino un hecho y se hace mención a la aportación como documento número 1, del balance de situación correspondiente al ejercicio 2010, en el que aparece que el activo de la sociedad asciende a 1.681.348, 31 euros, de los que solo 9.590,51 euros corresponden a activo corriente, lo que implica que no dispone de la liquidez necesaria para poder llevar a cabo dicho pago, como documento número 2, las cuentas depositadas en el Registro Mercantil de Girona correspondientes al ejercicio 2009, en las que el activo total asciende a 1.685.200,89 euros, de las que también se desprende que no dispone de liquidez y como documento número 3, el informe elaborado por una firma auditora que, a la vista de los balances de la apelante concluye con la imposibilidad de hacer frente a ese pago con sus medios propios no con financiación externa. El mantenimiento de la obligación de pago de la cantidad

requerida incluso podría afectar a la viabilidad de la Sociedad y ponerla en situación de cierre y liquidación.

El defecto apreciado en el auto apelado, de falta de acreditación, siquiera indicaría, de los perjuicios que la ejecución del acto recurrido pudiera comportar, ha sido subsanado con la aportación con el escrito de interposición del recurso de apelación. De su contenido cabe deducir que los perjuicios que la ejecución pueda irrogar pueden merecer la calificación, sino de imposible, sí de difícil reparación.

Siendo que este criterio no es suficiente en orden a la determinación de la procedencia de la adopción de una medida cautelar, sino que debe conjugarse con los demás criterios que rigen la materia, se hace necesario pasar a valorarlos seguidamente.

CUARTO.- La apariencia de buen derecho (*fumus bonis 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. La LJCA de 1956 no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta (ATS 14 de abril de 1997); 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, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada 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 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entre otros. (STS 15 de marzo de 2004).

El auto apelado rechaza la concurrencia de la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte actora, refiriendo que la fundamentación esgrimida en el escrito de interposición del recurso dista mucho de la nitidez exigida en la apreciación de la concurrencia de un vicio de nulidad y para su apreciación se precisa la continuidad del proceso.

En el escrito de interposición del recurso de apelación se defiende que la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte actora no puede ser más clara, refiriendo que la aquí apelante ni siquiera fue parte en el proceso en el que se dictó la sentencia que se quiere ejecutar con el acto recurrido y que el obligado a la ejecución es el Ayuntamiento aquí apelado, que fue quien concedió las licencias posteriormente anuladas y aceptó la ejecución subsidiaria de la sentencia.

Pero, sin necesidad de entrar en la valoración de la situación habida en el caso de autos, que deberá efectuarse al dictar sentencia, tras las aportaciones de

las partes, es de apreciar que el planteamiento defendido por la apelante no puede ser asumido por este Tribunal, al entrar en contradicción con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, expresado, entre otras, en la sentencia de 20 de octubre de 2010, sobre la ejecución de los mandatos contenidos en una sentencia, que alcanzan incluso al tercero hipotecario de buena fe, cuya protección jurídica se debe obtener por otros cauces.

QUINTO.- 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» (STS de 15 de marzo de 2005).

En la ponderación de los intereses en conflicto que el artículo 130 de la LJCA dispone que se debe realizar al resolver un incidente de medidas cautelares nos encontramos que frente al interés particular de la aquí apelante, se encuentra el interés general representado por la Administración demandada, en la ejecución del acto recurrido con el que, a su vez, se quiere dar ejecución de la sentencia dictada el 6 de febrero de 1995 por la Sección segunda de esta Sala y Sección, que declara la nulidad de la licencia de obras en la que se ampara la construcción de la que es propietaria la aquí apelante y la licencia de actividad para a ejercer en el mismo.

Aun sido importante las exigencias de ejecución del acto recurrido es de ver que ello, como se ha visto, puede comportar la producción de daños y perjuicios, sino de imposible, sí de difícil reparación, razón por la que procede acordar la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, si bien, siendo que de esta medida cautelar pueden derivarse perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la LJCA, la eficacia de la misma quedará condicionada a la prestación, dentro del plazo de un mes, a contar desde la notificación de este auto, de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos, por un valor de 50.000 euros.

Procede, pues, estimar el recurso de apelación para revocar el auto apelado y acordar la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido y de la carta de pago que le acompaña, medida cautelar cuya eficacia queda condicionada a la prestación, dentro del plazo de un mes, a contar desde la notificación de este auto, de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios que se puedan originar con la suspensión, por un valor de 50.000 euros.

SEXTO.- De conformidad con lo recogido en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, estimado el recurso no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, ha decidido:

PRIMERO. Estimar el recurso de apelación formulado por,

contra el auto dictado el 21 de marzo de 2011 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Barcelona, que se revoca.

SEGUNDO. Suspender la ejecutividad del acto recurrido y de la carta de pago que le acompaña, medida cautelar cuya eficacia queda condicionada a la prestación, dentro del plazo de un mes, a contar desde la notificación de este auto, de caución o garantía suficiente para responder de los daños que su adopción pueda originar, por un valor de cincuenta mil (50.000) euros.

TERCERO. Sin expresa condena en costas

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno por lo que es firme.

Así por esta nuestra sentencia, que será notificada a las partes, llevándose testimonio de la misma a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. – Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Magistrado Ponente que en la misma se expresa, hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.