



Roj: **STSJ M 180/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:180**

Id Cendoj: **28079330022018100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **994/2017**

Nº de Resolución: **5/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO LOPEZ DE HONTANAR SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJCA, Madrid, núm. 15, 19-07-2017,
STSJ M 180/2018**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33010310

NIG: 28.079.00.3-2017/0012527

ROLLO DE APELACION Nº 994/2.017

SENTENCIA Nº 5

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Ilustrísimos Señores:

Presidente:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D^a. Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid a diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid el **Rollo de Apelación número 994 de 2017** dimanante de la Pieza Separada de Medidas Cautelares dimanante del Procedimiento Ordinario número 215 de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 15 de Madrid en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid asistido y representado por la Letrado Consistorial doña Alicia Espiga González contra el Auto dictado en dicha Pieza de medidas cautelares. Han sido parte el apelante y como apelado La entidad «Sociedad Anónima Deportes y Espectáculos



(S.A.D.E)»representada por la Procurador Doña María Concepción Villaescusa Sanz y asistido por el Letrado Don Antonio Canales Aracil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de julio de 2017 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 15 de Madrid en la pieza separada de medidas cautelares Procedimiento ordinario número 215 de 2017 dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « *Haber lugar a la suspensión de la ejecución del acto recurrido por el que se acuerda la ineficacia de la declaración responsable presentada para implantar la actividad a la que se contrae este recurso; previa la prestación por la mercantil recurrente de fianza en metálico o aval bancario por un importe de 20.000 euros; no llevándose a efecto la medida hasta tanto la caución esté constituida y acreditada en este procedimiento.-Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, en un solo efecto, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el mismo.- Así por este su auto, lo acuerda, manda y firma el/la Ilmo/a Sr/ a. D./Dña. EUSEBIO PALACIOS GRIJALVO Magistrado/a-Juez/a del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 15 de Madrid*».

SEGUNDO.- Por escrito presentado el día 27 de julio de 2017 la Letrado Consistorial doña Alicia Espiga González en nombre y representación del Ayuntamiento de Madrid interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida, solicitando de esta sala que se tuviera por presentado el presente Recurso de Apelación la estime y dicte Resolución por la que se revocara el auto de recurrido y en su lugar desestime la suspensión, y declare no haber lugar a la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de fecha 31 de julio de 2.017 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a las demás partes personadas, a fin de que en plazo de quince días formularan oposición al recurso apelación, presentándose por la Procurador Doña María Concepción Villaescusa Sanz en nombre y representación de la entidad «Sociedad Anónima Deportes y Espectáculos (S.A.D.E)» escrito el día 3 de octubre de 2017 oponiéndose a la apelación formulada de contrario alegando los motivos que tuvo por pertinentes y terminó solicitando tener por formalizado en tiempo y forma escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra el Auto de 19 de julio de 2017 y, previos los trámites pertinentes, se eleven los autos en unión de los escritos presentados a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así como que por ésta se dicte Sentencia por la que declare no haber lugar al recurso de apelación y confirme el citado Auto, condenando en costas a la parte recurrente en apelación.

CUARTO.- Por resolución de 3 de octubre de 2.017 se acordó unir a los autos el escrito de oposición a la apelación y elevar las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, acordándose señalar el día 11 de enero de 2.018 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, al no estimarse necesario el recibimiento a prueba y no estimarse preciso por la sala la formulación de trámite de conclusiones ni de vista pública.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1.998.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso-administrativo respecto del que se solicita su suspensión es la Resolución adoptada por la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de junio de 2017, que expresamente acordó *NO SUSPENDER la eficacia de la Resolución de la Gerente de la Agencia de fecha 15 de mayo 2017. por la que se declara la Ineficacia de la declaración responsable presentada por SOCIEDAD ANÓNIMA DE DEPORTES Y ESPECTÁCULOS para implantar la actividad de centro de seccionamiento en local de planta baja de edificio exclusivo comercial con garaje,, en el inmueble sito en la Plaza Carmen, 2, toda vez que no concurren ninguno de los supuestos previstos en el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas , (LPAC), en tanto en cuanto no se acreditan los perjuicios de imposible o difícil reparación que la ejecución de la Resolución podría ocasionar.*

No es cierto que la resolución cuya suspensión se solicitó al interponer el recurso de reposición denegara la autorización parcial del funcionamiento por partes autónomas para las actuaciones descritas en el certificado de conformidad número 1061516005245, emitido por la entidad colaboradora urbanística Verificalitas, S.L. de las obras concedidas con número de expediente 500/2016/10862 en el inmueble sito en la Plaza del Carmen 2



o al menos eso no se desprende de la copia de la resolución de 5 de junio de 2017 pues en ella se indica que la resolución objeto del recurso de reposición es la dictada por la Gerente de la Agencia, de fecha 15 de mayo de 2017, núm. de expediente. 500/2017/016993, se declara la ineficacia de la declaración responsable presentada por Sociedad Anónima de Deportes y Espectáculos para implantar la actividad de centro de *seccionamiento* (sic) en el local de planta baja de edificio exclusivo comercial con garaje, en el inmueble sito en la plaza Carmen número 2 de Madrid

Por tanto lo que debe estudiarse es si es posible suspender tanto en la revisión administrativa a través del recurso de reposición o en vía jurisdiccional de un acto que declara la ineficacia de una declaración responsable.

SEGUNDO.- Debe tenerse en cuenta que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, de forma que la ejecución del acto administrativo impugnado ha de ser suspendida si caso contrario se haría perder la finalidad del recurso. Las medidas cautelares legalmente previstas tienen como función legal la de asegurar la efectividad de la sentencia - artículo 129- evitando que la ejecución del acto administrativo o disposición recurridos pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima - artículo 130-. De lo dispuesto en los artículos 1 y 31 de la Ley jurisdiccional, en cuanto hacen referencia a las acciones, y de lo establecido en los artículos 71, 103.2, 104, 105.2 y 108.2, del mismo texto legal, en cuanto hacen referencia a la sentencia y los términos de su ejecución, se infiere, en lo que ahora interesa, que el proceso contencioso-administrativo, ha sido configurado por la Ley 29/1988, de 13 de julio, como lo fue con la Ley de 1956, con la finalidad de que la tutela judicial se haga efectiva no sólo mediante la anulación del acto o disposición, sino también, según la acción que haya sido ejercida, mediante el restablecimiento de la situación jurídica individualizada. Se trata pues de que el proceso posibilite en todo caso la "mayor efectividad de la ejecutoria" -art. 105.2- y, a ser posible, que la sentencia que ponga fin al mismo (caso de haberse formulado pretensión de restablecimiento y ser estimatoria) sea "en sus propios términos" ejecutable. La indemnización de daños y perjuicios se configura legalmente como una forma de restablecimiento subsidiaria, en el sentido de que sólo si no es posible la ejecución de la sentencia en sus propios términos se sustituye por una indemnización pecuniaria. Este es el marco jurídico donde procede situar y deben contemplarse las peticiones de medidas cautelares y suspensión de la ejecución de actos administrativos o disposiciones generales.

TERCERO.- Respecto de 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 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil 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 Auto de la sala Tercera del Tribunal Supremo 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 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 (Autos de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1997, entre otros). La alegación del recurrente de que la apariencia de buen derecho en la solicitud de suspensión no puede ser tomada en consideración puesto que precisamente constituye el fondo del asunto que ha de resolverse una vez tramitado el proceso.

CUARTO.- Respecto de las declaraciones responsables el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas establece que



1 A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

1.- Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, **determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos**, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

Incluso en los supuestos en el que el ejercicio de la actividad o la realización de una obra se somete al sistema de declaración previa (declaración responsable) si la misma es declarada ineficaz la consecuencia jurídica directa es **la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos**, de forma que declarada la ineficacia de la declaración responsable la misma supone su pérdida de validez aunque cuente con el certificado de conformidad de una entidad colaboradora. Ello supone la inexistencia de título que habilite para el ejercicio de lo pretendido en la declaración responsable y la declaración de ineficacia no es susceptible de suspensión pues en el nuevo sistema de intervención administrativa en las actividades la declaración responsable deja de producir efectos si se declara su ineficacia, y la suspensión de esta resolución administrativa tendría los mismos efectos que la denegación de una licencia es un acto de contenido negativo, los cuales no admiten suspensión pues en este caso se estaría adelantando el fallo estimatorio del recurso así lo pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo en resoluciones como la de 15 de Abril de 1.996 27 septiembre 1994, 22 mayo y 20 noviembre 1995, entre otras, cuando señalan que, por regla general, los actos denegatorios de licencias, autorizaciones o permisos, no admiten la suspensión de la ejecución, ya que, dado su contenido negativo, la indicada suspensión implicaría la concesión, siquiera sea temporalmente, mientras dura la sustanciación del proceso, de la licencia, autorización o permiso denegado por la Administración. En el mismo sentido se manifiesta el auto de 10 de Abril de 1.996 que señala que no resulta viable la suspensión de la ejecución de actos negativos pues, en otro caso, comportaría, en la práctica, la concesión de licencias no concedidas expresamente. Lo trascendente es que lo que se busca es una autorización provisional pues la declaración de ineficacia de una declaración responsable **determina la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos**.

Por tanto debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso en segunda instancia se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. Al estimarse el recurso no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

**FALLAMOS**

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Letrado Consistorial doña Alicia Espiga González en representación del Ayuntamiento de Madrid y en su virtud revocamos el Auto dictado el día 19 de julio de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 15 de Madrid en la pieza separada de medidas cautelares dimanante del Procedimiento Ordinario número 215 de 2017, y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a la suspensión de la Resolución adoptada por la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, de 5 de junio de 2017, que expresamente acordó *NO SUSPENDER la eficacia de la Resolución de la Gerente de la Agencia de fecha 15 de mayo 2017. por la que se declara la Ineficacia de la declaración responsable presentada por SOCIEDAD ANÓNIMA DE DEPORTES Y ESPECTÁCULOS para implantar la actividad de centro de seccionamiento en local de planta baja de edificio exclusivo comercial con garaje,, en el inmueble sito en la Plaza Carmen, 2, toda vez que no concurren ninguno de los supuestos previstos en el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPAC), en tanto en cuanto no se acreditan los perjuicios de imposible o difícil reparación que la ejecución de la Resolución podría ocasionar; sin especial pronunciamiento respecto de las costas casadas en esta alzada por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por mitad.*

Notifíquese la presente resolución a las partes con la advertencia de que contra misma cabe presentar recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2612- 0000-85-0994-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 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 nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0994-17 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez. D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D^a. Natalia de la Iglesia Vicente

Recurso de Apelación 994/2017

LA LETRADA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID CERTIFICA:

Que la anterior fotocopia, compuesta de nueve folios, es fiel reflejo de la sentencia original firmada por los Magistrados que figuran en la misma, la cual ha sido publicada y entregada a esta Secretaría en el día de hoy y, una vez expedida la presente certificación para su unión al rollo y copias para su notificación, ha quedado archivado el original para su unión al libro de sentencias originales. Madrid a .