



Roj: **STSJ M 4130/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:4130**

Id Cendoj: **28079330022018100283**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **144/2018**

Nº de Resolución: **309/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJCA, Madrid, núm. 9, 01-12-2017,  
STSJ M 4130/2018**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

33010280

**NIG:** 28.079.00.3-2017/0022338

**ROLLO DE APELACION N° 144/2.018**

**SENTENCIA N° 309**

---

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<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid a veinticinco de abril 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 144 de 2018** dimanante de la Pieza de Medidas Cautelares derivada del Procedimiento Ordinario número 420 de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Madrid, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la entidad « Apartamentos los Remedios S.L.» representada por la Procuradora Doña Ana María Espinosa Troyano y asistida por el Letrado Don Antonio



Abarca Santos contra el Auto dictado en el mismo. Han sido parte la apelante y como apelado el Ayuntamiento de Madrid asistido y representado por el Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Madrid don Panayotis Floris Benítez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 1 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Madrid en la Pieza de Medidas Cautelares derivada del Procedimiento Ordinario número 420 de 2017 dictó Auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: « *No ha lugar a la suspensión provisional de la resolución impugnada. Sin Costas.-Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que frente a la misma cabe interponer recurso de apelación, en un solo efecto, en el plazo de 15 días.-Así lo acuerda, manda y firma D. TOMAS COBO OLVERA, MAGISTRADO-JUEZ del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO 9 DE MADRID.*

*Doy fe.»*

**SEGUNDO.-** Por escrito presentado el día 3 de enero de 2.018 la Procuradora doña Ana María Espinosa Troyano en nombre y representación de la entidad « Apartamentos los Remedios S.L.» interpuso recurso de apelación contra la citada resolución formulando los motivos de impugnación frente a la resolución recurrida y terminó solicitando que en su día previos los trámites legales se dictara Auto por el que se decreta la suspensión de la orden cese y precinto de actividad, por ser disconforme a derecho, y CAUSAR PERJUICIOS IRREPARABLES a las personas que tienen su residencia (vivienda habitual) en el edificio y además por causar indefensión a esas personas que con el precinto se ven afectados por una resolución en la que no ha podido presentar alegaciones. Por lo demás y como hemos alegado la citada suspensión no perjudica al interés general, puesto que el Ayuntamiento ha consentido esa actividad desde hace más de 10 años.

**TERCERO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 24 de enero de 2.018 se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte demandada, presentándose por el Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Madrid don Panayotis Floris Benítez en nombre y representación Ayuntamiento de Madrid escrito el día 5 de febrero de 2.018, por el que se opuso al mismo y solicitó que se dictara sentencia por la que se desestime íntegramente el Recurso de Apelación interpuesto confirmando en todos sus extremos el auto impugnado.

**CUARTO.-** Por diligencia de ordenación de 7 de febrero de 2.018 se elevaron las actuaciones a este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a esta sección segunda, siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, señalándose el día 19 de abril de 2018 para la deliberación votación y fallo del recurso de apelación, día y hora en que tuvo lugar.

**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.-** 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.

**SEGUNDO.-** En supuestos como el presente no puede olvidarse que como señala el Auto del Tribunal Supremo de 25 de Julio de 1.995 al tratarse de una actividad desarrollada sin licencia (declaración responsable o comunicación previa), no procede suspender la ejecutividad del acuerdo municipal impugnado ya que, en caso de acordarla, haríamos una declaración de naturaleza positiva, accediendo al otorgamiento de una licencia denegada por el tiempo que durara la tramitación del recurso; es por ello de aplicación en este caso el principio general que no ha sido modificado de la no suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados (así Autos de 19 julio y 5 noviembre 1991). Por otra parte como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1.988 el ejercicio de este derecho de actividad ha de atenerse a los límites configurados por el ordenamiento jurídico, y por tanto al límite temporal establecido y como tiene declarado esta Sala -Sentencias de 18 de julio de 1986, 5 de mayo de 1987, 4 de julio de 1995- ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, tasas o impuestos, ni la tolerancia municipal, implican acto tácito de otorgamiento de licencia, conceptuándose la actividad ejercida sin licencia como clandestina e irregular que no legitima el transcurso del tiempo, pudiéndose acordar la paralización o cese de tal actividad por la autoridad municipal en cualquier momento - Sentencias de 20 de diciembre de 1985, 20 de enero de 1989, 9 de octubre de 1979, 31 de diciembre de 1983, 4 de julio de 1995 etc.-.

**TERCERO.-** Así pues como señala el auto del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1.992 no concurre en la presente ocasión la condición que exigía el antiguo artículo 122 Ley Reguladora de esta Jurisdicción para que proceda suspender la ejecutividad de los actos de la administración que establece el artículo 116 de Procedimiento Administrativo, ya que, aun cuando los perjuicios que se siguieran del que es objeto de impugnación en los autos principales de que la pieza de suspensión dimanara fueran de imposible o difícil separación, la razón determinante de ellos sólo sería atribuible al supuesto ejercicio por parte del recurrente **de una actividad no solo no atemperada al ordenamiento jurídico de aplicación al caso, sino lesiva para intereses públicos en definitiva prevalente respecto de los de aquél; pero es, principalmente que aquella susceptibilidad de excepcional suspensión de ejecutividad no se da en actos de la Administración de la naturaleza del recurrido, porque, implicando de por sí su inmediata ejecución la prohibición del ejercicio de una actividad siquiera presuntamente ilegal, acceder a la pretensión que quien la ejercita deduce supondría, sin más, prolongar la ilegal actuación del administrado por tiempo indefinido**, a pesar de la reiterada conducta del interesado en desatender los requerimientos que le fueron hechos para legalizar aquélla, por tanto es procedente confirmar el auto recurrido.

**CUARTO.-** Téngase en cuenta que ya el artículo 1 del Reglamento de Servicios, al igual que el artículo 84 de la ley de 2 de abril de 1985, prevén la intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de los administrados El artículo 22 del Reglamento de Servicios establece que la apertura de establecimientos industriales y mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica en materia de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Por otra parte el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma. c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. Respecto de las declaraciones responsables. Respecto de estas el citado artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que sustituyó al 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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.*

*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.

4. 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.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación, fácilmente accesibles a los interesados.

6. Únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente .

**QUINTO.-** En el caso presente no consta que la actora este en posesión de la licencia de instalación y funcionamiento para la actividad de alquiler de apartamentos que ejerce en la parcela 297 sectores 1 y 2 (Vicálvaro) de la Cañada Real Galiana.

**SEXTO.-** 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). Conforme a esta doctrina resulta evidente la falta de prueba de la apariencia de buen derecho. En los supuestos de órdenes de clausura por carencia de licencia de actividad funcionamiento la apariencia





de buen derecho solo puede acreditarse aportando **la prueba documental acreditativa de estar en posesión de la licencia de actividad y funcionamiento.**

**SÉPTIMO.-** Partiendo de la base de que una actividad que no cuente con los mecanismos de intervención previstos en el ordenamiento no puede ser ejercida válidamente pues precisa de licencia, declaración responsable o comunicación previa presentada ante la Administración, no sirviendo a estos efectos la presentación de una solicitud de licencia o la promoción de un plan especial de cambio de uso, o cualquier otra autorización concurrente de la propia administración municipal o de otras administraciones públicas por lo que no cabe la suspensión de la clausura que no tiene naturaleza sancionadora sino cautelar y ello con independencia de la actividad desarrollada por lo que al carecer de licencia de actividad y de funcionamiento, y consiguientemente, no procede suspender el acto administrativo recurrido porque equivaldría a una declaración de naturaleza positiva, accediendo a otorgar, aún con carácter provisional, una licencia al haber sido ordenado el cese inmediato de la actividad por desarrollar la misma sin la correspondiente licencia municipal y sin que sea dable atender a la existencia de perjuicios a terceros pues no cabe alegar la indefensión ajena, más aun cuando es precisamente la sociedad demandante la responsable de ofertar a esos terceros unos servicios terciarios en su clase de hospedaje sin contar con la autorización administrativa para prestarlos.

**OCTAVO.-** 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, no apreciándose dichas circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, estableciendo el apartado 3º de dicho precepto que. la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima, el Tribunal haciendo uso de esta facultad fija las costas a abonar por el apelante en la suma de SEISCIENTOS Euros (600 €) en concepto de honorarios del letrado consistorial, sirviendo un testimonio de la presente sentencia para que la Administración acreedora inicie el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario, en aplicación del apartado 4º del citado artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Vistas las disposiciones legales citadas

## FALLAMOS

**QUE DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la Procuradora doña Ana María Espinosa Troyano en nombre y representación de la entidad « Apartamentos los Remedios S.L.» contra el Auto dictado el día 1 de diciembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 9 de Madrid en la Pieza de Medidas Cautelares derivada del Procedimiento Ordinario número 420 de 2017, que se confirma íntegramente, condenando al recurrente al abono de las costas causadas en esta alzada, que se fijan en la suma de SEISCIENTOS Euros (600 €) en concepto de honorarios del letrado consistorial, sirviendo un testimonio de la presente sentencia para que la Administración acreedora inicie el procedimiento de apremio, en defecto de pago voluntario.

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 2612-0000-85-0144-18 (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 2612-0000-85-0144-18 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, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

D. José Ramón Chulvi Montaner D<sup>a</sup>. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D<sup>a</sup>. Natalia de la Iglesia Vicente