

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33010280

Recurso de Apelación 177/2019

Recurso de apelación 177/2019

SENTENCIA NUMERO 356

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

Magistrados:

En la Villa de Madrid, a tres de mayo de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 177/2019, interpuesto por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra el Auto de 20 de diciembre de 2.018 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 542/2018. Siendo parte la, representada por la Procuradora de los Tribunales doña

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 20 de diciembre de 2.018 se dictó Auto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 29 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 542/2018, por el que se acordaba mantener la suspensión ya acordada respecto de la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 26 de noviembre de 2018, que acordó el cese inmediato de la actividad “

SEGUNDO.- Para la votación y fallo se señaló el día 24 de abril de 2019, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los arts. 80.3 y 85 de la Ley Jurisdiccional 29/98.

CUARTO.- Por Acuerdo de 26 de marzo de 2019 del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó el llamamiento del Magistrado Iltmo. Sr. D. en sustitución voluntaria del Magistrado Iltmo. Sr. D. Ha sido ponente el Magistrado don, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto por Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón contra el Auto de 20 de diciembre de 2.018, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 29 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 542/2018, por el que se acordaba mantener la suspensión ya

acordada respecto de la resolución de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón de fecha 26 de noviembre de 2018, que acordó el cese inmediato de la actividad “lleva a cabo en el citado inmueble, por contrato con la Comunidad de Madrid, y que consiste en la prestación de un servicio social de acogida y protección de menores inmigrantes no acompañados, al ser insuficientes, por lo que parece, los centros de acogida de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón formula recurso de apelación frente al meritado Auto en base a los motivos que de manera sintética se pasan a exponer:

a.- Apreciación infundada y manifiestamente errónea de la imposibilidad de realojar a los menores en otro centro. Infracción del art. 217 de la LEC, de la jurisprudencia asociada relativa a las medidas cautelares, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y del art. 9.3 de la CE.

Opone que no consta acreditado que haya menores en el Centro, ni cuantos residen allí, por ello difícilmente puede apreciarse la imposibilidad de realojo cuando ni siquiera consta el número de menores que habría que realojar. No consta tampoco la imposibilidad de la Fundación de realojar a los menores en centro adecuados en el plazo de dos meses y no ha justificado, ni alegado, que carezca de otros centros o que no disponga de otras viviendas arrendadas para poder efectuar el realojo y por ello entiende que la apreciación del Juzgado sobre la que soporta la denegación de la modificación de la medida cautelar, es infundada, especulativa, huérfana de prueba, e incluso contradictoria con la única prueba aportada por la recurrente; y por ello manifiestamente infundada, ilógica y errónea.

b.- Infracción del art. 130.1 de la LJCA, en relación con los artículos 39.1 y 98.1 de la LPAC y su jurisprudencia asociada.

Señala que no existiendo prueba alguna ni siquiera de que haya menores en el centro, ni del número de ellos, ni tampoco de la imposibilidad de realojarlos en otro centro en el plazo de dos meses y constando, además, la asunción de la obligación de realojo por parte de la Fundación, lleva a concluir la improcedencia de la medida cautelar de suspensión indefinida de la Resolución impugnada, y la pertinencia de haber acogido la petición de limitación de tal suspensión hasta el realojo de los menores, para asegurar su protección, y hasta el máximo de dos meses.

TERCERO.- La Fundación, a través de su representación, se opuso al recurso de apelación indicando que no se alega grave perturbación de los intereses generales o de tercero más allá de la una genérica alusión a la presunción de legalidad del acto administrativo que, sin embargo, es manifiestamente ilegal y excesivo. Opone que uno de los antecedentes en que se basa la resolución suspendida es precisamente un informe de la Policía Local de Pozuelo de Alarcón, cuyas pesquisas concluyen en que ya habían llegado los tres primeros menores acogidos.

Añade que la razón que motiva la presencia de la en Pozuelo de Alarcón y es la situación de emergencia humanitaria derivada de la saturación de los recursos de titularidad pública, según consta en la resolución de la Comunidad de Madrid que ampara la actividad y es recogido por el auto impugnado en justificación del “periculum in mora” que ampara la solicitud de suspensión y no existe ningún motivo para considerar que la situación descrita haya remitido en el plazo de dos meses arbitrariamente establecido por el Ayuntamiento.

CUARTO.- En principio, 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.

QUINTO.- El artículo 129.1 de la LJCA establece que "los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de

la sentencia", añadiendo el artículo 130.1 del mismo texto legal que, "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso", y precisando en el apartado 2 del mencionado precepto que "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

De donde se desprende la necesidad de que en cada caso concreto se valore los intereses en juego y las circunstancias en cada caso concurrentes en orden a resolver sobre la adopción o no de la medida cautelar, no debiendo olvidarse que sigue siendo principio básico el de la presunción de legalidad de los actos de la Administración y el de su ejecutividad, justificada por la realización de los fines públicos asumidos por la administración.

Siendo por lo demás evidente que el efecto pernicioso para los derechos e intereses de quien impugna ante esta jurisdicción un acto o disposición de la Administración solo se producirá cuando la situación creada por su ejecución resulte irreversible o, no siendo así se sitúe al recurrente en una situación tal que los daños o perjuicios que por ello le ocasionen sean de una entidad y naturaleza que el ulterior reconocimiento de su derecho en sentencia y la ejecución de éste, pese a la reversibilidad de la situación creada con la ejecución de la actuación administrativa impugnada, resulten vanos.

Lo que pretende el Ayuntamiento a través de la oposición a la apelación es impedir un uso de un inmueble sobre la base de una calificación interpretativa que queda sujeta al análisis del fondo del recurso.

El Auto recurrido es claro en su fundamentación cuando señala que "la Fundación recurrente es un fin de carácter social, como es en este caso la acogida y protección de

menores inmigrantes no acompañados. Y ello por la razón de que las instituciones públicas se encuentran desbordadas por las oleadas de inmigrantes que se están produciendo en nuestro país y la presencia importante de menores no acompañados que se encuentran sin protección de ningún tipo ante la insuficiencia de las instituciones públicas.

Por tal razón, la COMUNIDAD DE MADRID encomienda por contrato a la Fundación aquí recurrente la acogida y custodia de algunos de estos menores (unos 14) ante la situación de desbordamiento de sus instituciones.

Ante este problema acuciante (no se puede abandonar a su suerte a menores extranjeros que carecen de todo tipo de protección) es evidente que, si se ejecuta dicha resolución, aunque sea dentro de dos meses, puede causar a la Fundación recurrente, y al fin social que constituye la razón de su existencia, unos perjuicios difícilmente reparables por el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCON, al no poder llevar a cabo la Fundación el cumplimiento de sus fines sin una base material como la que ya dispone en el inmueble sito en la calle de Pozuelo de Alarcón, quedando además abandonados a su suerte dichos menores; sin que pueda considerarse prudente y suficiente un plazo de dos meses de suspensión, como propone el Ayuntamiento, porque no es posible ignorar las reticencias que desgraciadamente suscita el alquiler de un inmueble para tal finalidad, tanto a quien puede ofrecer en arrendamiento, como al vecindario próximo”.

Es en esa ponderación de intereses, ambos públicos, en la que da, el Auto, prevalencia a la protección de los menores, que da por cierta la ocupación aunque sería suficiente con la disponibilidad en base a la finalidad del contrato, frente a una hipotética definición del uso permitido en el piso, máxime cuando se señala en el Auto, y no se contradice, que “no describe ningún otro interés público concreto, ni siquiera urbanístico, que pueda verse perjudicado con la suspensión propuesta por la Fundación recurrente. Ni se menciona tan siquiera que el ejercicio de la actividad en dicho inmueble haya suscitado problemas de

convivencia con el vecindario, ni que se haya visto perjudicada la seguridad o el orden público en la localidad. Ni se apunta tan siquiera la posibilidad de que pueda perjudicar tampoco ningún interés concreto de terceros”, y los perjuicios resultan evidentes si tenemos en cuenta que serían menores los ocupantes del piso, sin recursos y sin familia por lo que la situación de incertidumbre que se generaría en los menores no quedaría amparada por una futura Sentencia estimatoria ni con un hipotético traslado que, en principio, su legalidad resulta ser la cuestión de fondo a resolver. En suma, procederá la íntegra desestimación del recurso de apelación.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa en segunda instancia se impondrán las costas al apelante si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En el caso presente procede condena en costas en esta segunda instancia a la parte apelante dado que no se aprecia la concurrencia de dichas circunstancias.

A tenor del apartado cuarto de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, de los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de mil euros (1.000 €), por los honorarios de Letrado y Procurador, más el IVA correspondiente a dichas cantidades, y ello en función de la índole del litigio y de la actividad desplegada por las partes.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 2ª) en el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón contra el Auto de 20 de diciembre de 2.018 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 29 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 542/2018, ha decidido:

Primero.- Desestimar dicho recurso de apelación.

Segundo.- Efectuar expresa condena en costas en esta instancia a la apelante en los términos fijados en el último fundamento de esta Sentencia.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución

La presente sentencia es susceptible de 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 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 espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.