



Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

33010280

NIG: 28.079.00.3-2021/0052939

Recurso de apelación 276/2022

SENTENCIA NUMERO 416

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a María Soledad Gamó Serrano

En la Villa de Madrid, a treinta de junio de dos mil veintidós.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 276/2022, interpuesto por la mercantil [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales don Carlos Sáez Silvestre, contra el Auto de 3 de diciembre de 2.021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 497/2021.



Siendo parte apelada el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando María García Sevilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 3 de diciembre de 2021 se dictó Auto por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 497/2021 por el que se denegaba la suspensión del Decreto del Concejal Delegado de Hacienda y Patrimonio del Excmo. Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de fecha 20/10/2021, dictado en el expediente sancionador E.2020/145, por el que se acordaba desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución del SEC Oficial Mayor de ese Ayuntamiento, de fecha 16/08/2021, en la que se acordaba imponerle una sanción de suspensión de la actividad por 7 días en el establecimiento sito en Avda. Constitución 150, de Torrejón de Ardoz.

SEGUNDO.- Contra la mencionada resolución judicial la mercantil [REDACTED] en la representación indicada, interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz formuló oposición al recurso de apelación interesando su desestimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, lo que se llevó a efecto el 29 de junio de 2022.

QUINTO.- Por Acuerdo de 15 de junio de 2022 del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó el llamamiento del Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Canabal Conejos en sustitución del Magistrado don Álvaro Domínguez Calvo.



Ha sido ponente el Magistrado don Francisco Javier Canabal Conejos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación se ha interpuesto por la mercantil Play Orenes SL contra el Auto de 3 de diciembre de 2.021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 497/2021, por el que se denegaba la suspensión del Decreto del Concejal Delegado de Hacienda y Patrimonio del Excmo. Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, de fecha 20/10/2021, dictado en el expediente sancionador E.2020/145, por el que se acordaba desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución del SEC Oficial Mayor de ese Ayuntamiento, de fecha 16/08/2021, en la que se acordaba imponerle una sanción de suspensión de la actividad por 7 días en el establecimiento sito en Avda. Constitución 150, de Torrejón de Ardoz.

Señala el Auto de instancia, para denegar la medida cautelar solicitada, que “En el supuesto analizado la incoación del expediente sancionador se produjo por incumplimiento de las condiciones de seguridad y en las licencia y autorizaciones correspondientes no disminuyendo gravemente el grado de seguridad, por lo que el interés público aconseja el mantenimiento de la medida, sin perjuicio de la sentencia que recaiga una vez se entere en el fondo del asunto.

El ejercicio de cualquier actividad deberá cumplir todas las exigencias legales. Puede la Administración municipal requerir al titular para que ajuste toda la actividad a las exigencias legales que dimanen de la legislación y Ordenanzas hoy vigentes, procediendo el precinto en caso de incumplimiento”.

SEGUNDO.- Impugna la mercantil [REDACTED] el citado Auto, en base a los motivos que de manera sucinta se pasan a exponer:

a.- Existencia del periculum in mora.

Indica que no solo se indicó sino que se probaron los perjuicios que el cierre del establecimiento le podían producir referentes al contrato de arrendamiento, alta en suministros de luz y agua, mantenimiento de aparatos, abono de tasa fiscal sobre el juego,



mantenimiento del aval ante la administración competente en materia de juego, pérdida de clientela y de fondo de comercio, difícil cuantificación de los perjuicios ocasionados por el cese de actividad (daño emergente y lucro cesante), etc.

Indica que el cierre de un negocio conlleva perjuicios no simplemente económicos - como pueden ser la pérdida de ingresos, el devengo de rentas, el devengo de tributos, de suministros, de empleos- sino también intangibles como son los perjuicios reputacionales, los de posicionamiento de mercado, los de pérdida de clientela y de fondo de comercio, y sin que exista por otro parte perjuicio alguno para el interés público, porque no se trata de una actividad clandestina o ilegal, sino autorizada.

b.- Ponderación de los intereses en conflicto.

Señala que el cese de actividad acordado por la Administración demandada tiene naturaleza punitiva (comisión de una infracción determinada), no deriva de la ausencia de título para ejercer la actividad. La actividad, lejos de ser clandestina o ilegal, lejos de suponer un peligro para personas o bienes, lejos de adolecer de irregularidades o de deficiencias estructurales, se ejerce en el local de marras de forma legal y cuenta con las autorizaciones pertinentes de carácter autonómico y local.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz se opuso al recurso de apelación señalando que no existe apariencia de buen derecho, al ser una cuestión de seguridad de establecimiento de pública concurrencia, que se demuestra que las medidas de seguridad no se cumplen.

Expresa que la materia sobre la que versa este asunto es una cuestión de especial trascendencia, en relación y disposición del dinero público y se ha acreditado la labor municipal de resolver sobre las mismas, conforme al contrato, por lo que no ha existido una dejación de pago.

Opone que no existe, ni se acredita prueba, ni siquiera indiciaria, para la suspensión, por lo que no es procedente la misma y se solicita que se rechace la petición de suspensión, puesto que el interés público del mantenimiento del acto administrativo es evidente, en cuanto el mismo es la aplicación de la legalidad a una situación concreta, apreciada motivada y proporcionadamente, por el órgano competente por lo que presunción de legalidad y legitimidad del acto, y su inmediata eficacia no es discutible en esta pieza de suspensión, por lo que el rechazo de la petición es congruente con el fin de la pieza de suspensión.



CUARTO.- La correcta resolución de las cuestiones suscitadas en la presente pieza separada aconseja, ante todo, recordar que en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso -exigencia que viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del "periculum in mora"-, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que subraya que la razón de ser de la justicia cautelar se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso y que el aludido requisito forma parte de la esencia de la medida cautelar pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil [por todos ATS de 19 de enero de 2018 (rec. 677/2017) y resoluciones que en él se citan].

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, podemos resumir, con los AATS de 10 de diciembre de 2014 (rec. 876/2014), 23 de marzo de 2015 (rec. 952/2014) y 10 de abril de 2018 (rec. 47/2018) y con la STS de 18 de abril de 2016 (casación 2966/2015), en los siguientes puntos:

a) 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. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 " el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe



pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) 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. Si bien 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.

d) 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" (ATS de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus boni 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.

QUINTO.- En aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales y al margen del orden expositivo seguido por la parte recurrente debemos examinar en primer lugar el requisito del *periculum in mora* cuya apreciación exige, inexcusablemente, atender a dos parámetros diferenciados, como recuerdan los AATS de 14 de septiembre y 18 de octubre de 2017 (rec. 543/2017 y 581/2017): la irreparabilidad del perjuicio que ocasionaría la



ejecución del acto o la aplicación de la disposición contra los que se ha entablado el recurso y la imposibilidad de ejecutar el eventual pronunciamiento de nulidad del acto o disposición impugnados que pudiera dictarse, habiendo puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial que esa ejecución que trata de preservarse -el que viene denominándose efecto útil- es la ejecución in natura, en sus propios términos y no por el equivalente económico, esto es, por la vía del resarcimiento o reparación de los daños y perjuicios.

Como indicamos en nuestra Sentencia de 21 de octubre de 2019 (rec. 548/2019) *“en aquellos supuestos en los que, como aquí acontece, lo que se interesa es la suspensión cautelar de una orden de cierre o clausura de un local acordada en un procedimiento sancionador -supuestos en los que nos encontramos ante un acto de gravamen cuya ejecución modifica la situación fáctica o material preexistente, al suponer la imposibilidad de continuar en el ejercicio de la actividad que venía desarrollándose en el establecimiento afectado por la sanción administrativa combatida en el recurso pretendiéndose, a la postre, por el interesado el mantenimiento de dicha situación y atendiendo la solicitud a la finalidad conservativa propia de las medidas cautelares negativas- podemos reputar concurrente el requisito del periculum in mora si lo analizamos desde la perspectiva, anteriormente indicada, de la efectividad del eventual pronunciamiento judicial estimatorio del recurso pues cuando se dicte sentencia en el recurso principal con seguridad el período temporal al que se extiende la sanción administrativa habrá ya transcurrido y de ser estimatoria la sentencia, sólo podrá ser resarcido el recurrente por el equivalente económico.*

Y en tal sentido nos hemos pronunciado en Sentencias de 8 de febrero y 17 de mayo de 2017 (rec. 1021/2016 y 83/2017, respectivamente), por citar algunas, en las que se expone que en estos casos, en efecto, “(...) la efectividad de la sentencia está en una parte comprometida (entendida dicha efectividad como posibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos y no por el equivalente económico), pues probablemente la sanción de clausura se habrá cumplido cuando se dicte sentencia firme en el proceso principal, por lo que de ser ésta estimatoria para la recurrente, sólo podría ejecutarse por el equivalente económico (resarcimiento de perjuicios)”, a lo que se añade la posibilidad de apreciar una cierta pérdida de la finalidad legítima del recurso por los presumibles perjuicios económicos que se producirían derivados del cierre del local cuando el período temporal al que se extiende la resolución sancionadora es prolongado.

Ahora bien, también hemos puntualizado en las Sentencias aludidas que ello no es suficiente para adoptar la medida pues debe ponderarse si los intereses generales o de terceros quedarían perturbados de forma grave en caso de adoptarse la medida cautelar, lo que obliga a tomar en consideración la infracción que, en cada supuesto individualizado y concreto, justifica la imposición de la sanción a la que viene referida la solicitud de suspensión cautelar y, en particular, la calificación de la infracción y la eventual puesta en peligro del interés público o de terceros”.

En el supuesto de autos la sanción fue impuesta por comisión de una infracción de carácter grave prevista en el artículo 38.2. de la Ley 17/1997 de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid, consistente en incumplir las condiciones de seguridad establecidas en la normativa vigente y en las licencias o autorizaciones correspondientes no disminuyendo gravemente el grado de seguridad exigible y ello por ejercer la actividad con el cierre metálico con llave y puertas correderas cerradas y bloqueadas poniendo en peligro a las personas en el interior.

Desde esta perspectiva, como indicamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2021 (rec. 283/2021) es claro la prevalencia del interés general derivado del control previo por la Administración de la necesaria adecuación de las medidas de seguridad adoptadas, máxime cuando nos encontramos ante una actividad como la ejercida por la recurrente, en cuya implantación y posterior ejercicio debe siempre prevalecer la seguridad e integridad de los clientes y esa es la razón por la que, conforme a la doctrina expresada, debe prevalecer dicho interés general y, al haberlo apreciado así la resolución de instancia, nos lleva a la desestimación del recurso de apelación.

SSEXTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 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. En el presente caso, al desestimarse la apelación, las costas deben imponerse a la apelante, si bien con la limitación a 2000 €, por todos los conceptos, más el IVA que corresponda, atendiendo a la naturaleza del recurso, la actividad desplegada y el contenido de los escritos presentados.

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 la mercantil [REDACTED], contra el Auto de 3 de diciembre de 2.021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid en la pieza de medidas cautelares del procedimiento ordinario nº 497/2021, ha decidido:

Primero.- Desestimar dicho recurso de apelación.

Segundo.- Condenar en costas en esta instancia a la mercantil apelante en los términos recogidos 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.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndolas que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación que se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito que deberá, en apartados separados que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, exponer que se da cumplimiento a los requisitos impuestos en el apartado nº 2 del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los únicos motivos recogidos en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando concurren entre otras, las circunstancias recogidas en el apartado 2º del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y se presume interés casacional objetivo en los términos recogidos en el apartado 3 de dicho artículo 88 de la citada Ley), previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no admitir a trámite dicho 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 2612-0000-85-0276-22 (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



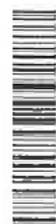


consignará el número de cuenta-expediente 2612-0000-85-0276-22 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

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

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.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/crvc mediante el siguiente código seguro de verificación: 0963212508464898974525



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia desestimatoria en rec. de apelación firmado electrónicamente por FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS (PON), JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO (PSE), JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ, JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER, MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

