ADMINISTRACION DE JUSTICIA

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1
ALBACETE

SENTENCIA: 00147/2016

Francisco Ponce Riaza
Francisco Ponce Real
PROCURADORES
ALBACETE

Recurso de Apelación nº 51/2015
Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ciudad Real

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN 1ª

Iltmos. Sres.:

Presidente:

D. José Borrego López

Magistrados:

D. Mariano Montero Martínez

D. Manuel José Domingo Zaballos

D. Antonio Rodríguez González

D. José Antonio Fernández Buendía

S E N T E N C I A Nº 147

En Albacete, a 15 de febrero de 2016.

Vistos por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el recurso de apelación interpuesto por , representado por la procuradora Dª Pilar González Velasco , contra Auto núm. 228/2014 de fecha 3 de noviembre de 2014, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ciudad Real, en la pieza de medidas cautelares núm. 220/2014 y como parte apelada El Ayuntamiento de Puertollano, representado el procurador Sr. Ponce Riaza y asistido por la letrada Dñª Carmen Santos Altozano, siendo Ponente el Iltmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos, que expresa el parecer de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Primero. El auto contra el que se entabla el recurso de apelación contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal: «S.Sª, por ante mí el secretario DIJO: Que no procede acceder a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, no suspendía el acuerdo municipal impugnado.»

Segundo.- Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte demandante interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a la parte demandada para que hiciese alegaciones, trámite que cumplimentó en legal forma.

Tercero.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado por las partes personadas la celebración de vista, ni considerándose necesaria la misma por este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tiene por objeto el recurso de apelación el Auto nº 228/2014 del JCA nº 1 de Ciudad Real por el que denegó la medida cautelar interesada por -agente urbanizador del Sector S-III- suspensión del acto administrativo recurrido, apartado segundo del acuerdo del Ayuntamiento (Pleno) de Puertollano, adoptado el 24 de marzo de 2014, por el que se ordenó «la ejecución de los viales por parte de agente urbanizador cuyo incumplimiento conllevaría la rescisión de la condición de agente urbanizador , así como la incautación de la garantía restante a fin de cumplir con sus obligaciones , ejecución de las obras correspondientes que habrían de realizarse a la mayor brevedad posible y atendiendo a los plazos administrativos y legales procedentes en derecho».

Pretende la mercantil se dicte sentencia que anule y deje sin efecto dicha resolución jurisdiccional, alegando que el auto adolece de falta de motivación e incongruencia omisiva, por cuanto la resolución

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

jurisdiccional no hace la más mínima alusión ni a los daños de difícil reparación alegados por la parte ni a la inexistencia de perturbación para los intereses generales o de tercero. Es el caso- se dice – que no concurre tales perjuicios para los intereses generales y sí, por el contrario, daños irreparables para el agente urbanizador, porque la falta de ejecución del vial conllevaría la rescisión de la condición de agente urbanizador así como la incautación de la garantía... Se alega que lo ordenado por el Ayuntamiento es de contenido imposible.

A las pretensiones de contrario se ha opuesto la representación del Ayuntamiento de Puertollano, que abunda en las consideraciones del Juzgador de instancia, del que se afirma que en su resolución da respuesta certera a lo solicitado, aunque lo haya sido de forma insatisfactoria para la parte apelante.

Segundo.- A propósito de la justicia cautelar, viene al caso plasmar lo que expresa la STS de 19 de Mayo de 2008, recurso de casación nº 826/07:"TERCERO.- (...) Establece el art. 129 LJCA 1998 la posibilidad de interesar la adopción de medidas cautelares para luego declarar el art. 130 "1. 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 pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2 . 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".

El mencionado precepto supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que consideramos oportuno destacar algunos de los aspectos más relevantes. Resulta ya oportuno anticipar que aunque el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recogía explícitamente el criterio de la apariencia de buen derecho el mismo fue suprimido en trámite parlamentario sin que alcanzara el rango de norma allí positivizada aunque posteriormente se plasmara en la LEC 1/ 2000, cuyo artículo 728 , reza "peligro por mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución".

El máximo interprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio, 238-92, 17 diciembre, 148-93, 29 de abril), ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril EDJ 1993/4006).

Posición que asimismo ha mantenido este Tribunal al declarar que "la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes" (Autos de este Tribunal de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

Es constante el criterio de este Tribunal acerca de que "la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal" (Sentencia de este Tribunal de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002 con mención de otras anteriores).

En esa misma línea se decanta el Tribunal Constitucional al sostener que no cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002).

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 sea suficiente una mera invocación genérica (Auto de 22 de octubre de 2002). La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que "de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento" (sentencia de 21 de octubre de 2004, recurso de casación 1723/2002, reproduciendo múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). Es obvio que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito que ha de resolverse en el proceso principal. Mas puede caber el caso de que, con anterioridad a la adopción de la medida cautelar cuestionada el órgano jurisdiccional se hubiere pronunciado, en otros pleitos, sobre la invalidez del acto cuestionado (STS de 13 de junio de 2007, recurso de casación 1337/2005).

Declara reiteradamente esta Sala que el principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura (Auto de 17 de enero de 2000, Sentencia 12 de noviembre de 2003). Insiste en ello la Sentencia de 12 de julio de 2004 al margen de que sólo puede ser un factor importante, como indicaban los Autos de esta Sala de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y la Sentencia de 10 de julio de 1998, para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños y perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión. Por ello constante jurisprudencia (Auto de 22 de octubre de 2002 con cita de otros anteriores, Sentencias de 7 de octubre, 11 de noviembre de 2003; auto de 27 de noviembre de 2006 con cita de otras precedentes) ha resuelto que sólo cabe considerar su alegación cuando el

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados. Se ha dicho asimismo que es un criterio que debe aplicarse combinando el serio fundamento de lo que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción de que lo deducido es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto (STS 3 de julio de 2007, recurso de casación 10341/2004).

No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados (Sentencia de 7 de octubre de 2003).

En cuanto a la ponderación de intereses se hace necesario una adecuada conjunción entre el interés público y el privado a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar (sentencia de 12 de julio de 2004) resolviendo según el grado en que el interés público esté en juego (Auto de 15 de marzo de 2000). También para la prosperabilidad de la pretensión es preciso un imprescindible juicio de ponderación (Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2004, 14 de abril de 2003, etc.) acerca del interés público a proteger."

Seguidamente proyectaremos al caso estas consideraciones generales, adelantando no concurrir las circunstancias par haber adoptado la suspensión del acto recurrido.

Tercero.- En cuanto hace al requisito de congruencia de las resoluciones jurisdiccionales, venimos sosteniendo, por ejemplo en Sentencia de 11 de Abril de 2011 (autos de recurso de apelación nº 111/10), lo que a su vez viene reiterando el Tribunal Supremo, Sala 3ª, por ejemplo, en su sentencia de 12 de Marzo de 2001, recurso 8255/1996, a la vista del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 –ahora artículo 33.1 de la vigente ley rituaria de 1998- *"se cumple el principio de congruencia cuando se da una correlación razonable entre el fallo, las pretensiones y los problemas debatidos en el recurso"*, de manera que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, se cumple el principio de congruencia a la luz del art. 24.1 de la Constitución cuando la decisión (jurisdiccional) o pronunciamiento va precedido del análisis de las cuestiones suscitadas en la demanda, con un fallo que es corolario de una fundamentación, entendiéndose la incongruencia, también a la vista de SSTC como la 15/99,

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de 22 de Febrero, *"como un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, pudiendo entrañar una vulneración del principio de contradicción procesal, que es lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal"* (con cita de otras SSTC, como las números 311/94, 111/97 ó 220/97). Por su parte, la incongruencia *extrapetitum*, efectivamente conlleva que el órgano judicial se pronuncie sobre una cuestión ajena al debate procesal, con la consiguiente quiebra del principio de contradicción (SSTC 60/96, 15/99, 85/00, entre otras muchas).

Sobre el requisito de motivación de las Sentencias y autos dictados por los órganos jurisdiccionales, es pacífico en la jurisprudencia lo que se expresa, por ejemplo, en la STS de 30 de Marzo de 2012 (R. 5128/10) quedando satisfecho el imperativo constitucional previsto en el art. 120.3 en relación con el 24.1 cuando, de modo explícito o implícito, las resoluciones jurisdiccionales contienen los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y eventualmente los órganos encargados de revisar sus decisiones, puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin que se exija una concreta y expresa valoración de cada medio de prueba de los que se sometan a la valoración del Tribunal sentenciador, bastando con que la conclusión valorativa utilizada por el Tribunal a quo se manifieste como desenlace lógico de un proceso valorativo que, al menos, ha de constar en líneas generales, en armonía con el principio de valoración conjunta de la prueba con arreglo al criterio de la sana crítica. En línea con lo anterior, debe tenerse presente que la falta de consideración expresa de un determinado medio de prueba no es, por sí misma, suficiente para considerar que la sentencia incurre en un defecto de motivación (SSTS de 19 de Abril de 2004 y de 18 de Octubre de 2011).

Cuarto.- El auto recurrido pudo haber contenido, desde luego, una motivación más pormenorizada, pero no puede decirse que deje de contener la ratio decidendi que lleva a la desestimación de la medida cautelar instada y tampoco adolece del vicio de incongruencia entre lo

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

interesado en sede cautelar, suspensión de la parte de acuerdo plenario recurrido y lo resuelto. En los razonamientos primero y segundo del auto el juzgador plasma el marco legal y jurisprudencial de las medidas cautelares en sede contencioso-administrativa, proyectándose al caso de autos en los tres últimos párrafos de ese segundo razonamiento jurídico. En ese sentido desciende al análisis de un eventual fumus boni iuris, aunque no se plasme bajo esa denominación, pero se niega su concurrencia. Y luego atiende lo que ciertamente había constituido el alegato principal de la mercantil: « el principal alegato en el que insiste la solicitante de la medida cautelar es que es de cumplimiento imposible, ya que no se puede ejecutar el proyecto original mientras no se apruebe un modificado. Lo que silencia es que es la propia solicitante quien tiene que realizar y presentar la modificación del proyecto. Por tanto, no es precedente suspender el Acuerdo impugnado, debiendo desestimarse la medida cautelar solicitada»

Es verdad que no se detiene en analizar si concurre o no el perjuicio grave para los intereses generales de adoptarse la cautelar, pero de haberlo hecho el resultado habría sido el mismo; téngase en cuenta que la ley prohíbe adoptar la medida cautelar en el caso de que de ella «pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales» (o de tercero), pero tal previsión contenida en el art. 130 LJCA entra en juego para poder denegar la medida instada de darse los demás requisitos para adoptarla y a modo de cláusula de cierre del sistema.

En fin lo somero de la respuesta dada en el auto recurrido se complementa en esta sentencia con plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva e su vertiente de derecho a una resolución congruente y motivada

Quinto.- Cuando la Administración adopta una decisión administrativa de contenido imposible, ese acto adolece de uno de los vicios de nulidad enunciados en el artículo 62 de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre. Pero la cuestión de si estamos ante acuerdo- el impugnado- que incurra en tal vicio debe dilucidarse por el Juzgado de instancia al abordar el fondo del litigio y resolver en consecuencia. No se atisba apariencia de buen derecho en ese sentido por lo que bien expresa

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

el auto, último párrafo de su razonamiento jurídico segundo, en el que se viene a compartir (siempre en punto a lo que es objeto de consideración en la pieza cautelar) el razonamiento desarrollado en las alegaciones del Ayuntamiento oponiéndose a la cautelar: como agente urbanizador se obligó por el convenio urbanístico suscrito (folios 47 y stes del expte.) a la completa urbanización del sector, incluyendo «la ejecución del viario exterior situado en el sistema general adscrito, en tanto que obras de conexión de la presente actuación con la estructura urbana existente». Ejecutadas las obras de urbanización a falta de las propias del enlace, la Administración actuante aprobó su recepción parcialmente (acuerdo de la Junta de Gobierno de 6-6-2011) y a resultas de que para ejecución del enlace con los sectores S-I y S II, el urbanizador debía presentar el oportuno proyecto de modificación en el plazo de un mes, y tal modificación como consecuencia de avatares en relación con ejecución de obras de rotonda por la Consejería de Fomento obligando al desplazamiento de los viales (de enlace) inicialmente previstos. En el recurso de reposición presentado contra el acuerdo de 29-1-2014 se expresa la disponibilidad a ejecutar el enlace, si bien no de acuerdo con los criterios de los servicios técnicos municipales.

Sexto.- Llegados a este punto no puede perderse de vista que el recurso contencioso interpuesto por la mercantil se ciñe al apartado 2 del acuerdo plenario, estimatorio parcial del recurso de reposición interpuesto frente acuerdo de 29 de enero de 2014; un acuerdo municipal objeto del recurso contencioso que ocupa cuatro apretadas páginas y cuya parte dispositiva incorpora cinco apartados, en el nº 5 « dar traslado a los servicios técnicos de urbanismo a fin que se controle la ejecución de las referidas obras» . Del propio acuerdo y de la documentación obrante en la pieza separada (la que se acompañada con el escrito de interposición así como en el escrito de oposición a la medida cautelar) no se desprende, prima facie, el contenido imposible de la orden cursada, porque a pesar de la expresión literal del nº dos de la parte dispositiva del acuerdo plenario, no se trata de «ejecutar los viales» directamente en términos

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

devenidos de imposible cumplimiento – conforme al proyecto inicial- por haberse producido la ejecución de la rotonda de acceso a la autovía a-41- sino que ello así previa presentación del proyecto modificado por parte de la mercantil , adjudicataria del PAU del sector. El dictamen del arquitecto D. Antonio Borao acompañado con la interposición del recurso instando la medida cautelar no concluye que sea imposible ejecutar el enlace; lo que expresa es que ello exigiría vencer una serie de obstáculos y modificar el proyecto de urbanización inicial. Si a esto se añade el parecer de los servicios técnicos municipales (informes del Jefe de Servicio de urbanismo de 7 de octubre de 2014, del ingeniero técnico de obras públicas del Ayuntamiento de fecha muy anterior, 5-12-2008, y otro de 20-1-2010), la Sala no considera acreditado que el cumplimiento de lo ordenado revista contenido imposible. Entiéndase que este juicio siempre ceñido al objeto de lo que nos ocupa, no otra cosa que la fiscalización de una resolución recaída en incidente de medidas cautelares, sin prejuzgar el desenlace del fondo, a cargo del juzgador de instancia y con total independencia de criterio.

Séptimo.- Ya despejado el aspecto para la Sala de mayor complejidad, no se atisba concurrencia de periculum in mora. Alegó el actor en su solicitud que la no suspensión del acuerdo haría perder la finalidad legítima al recurso, porque la mercantil perdería la condición de agente urbanizador, con las consecuencias que ello acarrea (las del art. 125 de la LOTAU), imposibilidad del cobro de derrama final, tanto por los costes ordinarios pendientes de cobro como por los extraordinarios, casi 1.600.000 euros, imposibilidad de terminar las obras, pérdida de aval...

Tales perjuicios que adelanta la parte se le irrogarían, no se dan desde luego con el acuerdo impugnado cuya suspensión interesó, porque, como ha objetado la representación del Ayuntamiento la resolución recurrida en modo alguno decide la revocación o rescisión de su condición de urbanizador. Pudo expresarse mejor, pero el Pleno se limita a recoger la advertencia de una eventual rescisión de la condición de urbanizador en caso de incumplimiento. Esa decisión administrativa obviamente habría

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de adoptarse sin irrogar indefensión al urbanizador y adoptada que fuera, admitiría recurso en sede jurisdiccional con la posibilidad de instar la decisión cautelar del Juez, pero en ese eventual proceso, no en el presente.

De ahí que se imponga la desestimación del recurso de apelación.

Octavo.- Por imperativo legal, Art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la parte apelante que vea íntegramente desestimadas sus pretensiones abonará las costas procesales, a salvo de la "concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición", que la Sala aprecia en atención a lo escueto de la motivación del auto

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

F A L L A M O S:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por contra Auto nº 228/2014, denegatorio de la medida cautelar interesada por la actora - agente urbanizador del Sector S-III- suspensión del acto administrativo recurrido, apartado segundo del acuerdo del Ayuntamiento (Pleno) de Puertollano adoptado el 24 de marzo de 2014. Sin imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de que contra ella no cabe recurso ordinario, la pronunciamos, mandamos y firmamos.