



Roj: **STSJ M 13508/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:13508**

Id Cendoj: **28079330022016100858**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **19/12/2016**

Nº de Recurso: **959/2016**

Nº de Resolución: **888/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

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

33010310

NIG: 28.079.00.3-2016/0007143

Recurso de Apelación 959/2016

RECURSO DE APELACION 959/16

SENTENCIA NÚMERO 888/16

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCION 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

En la Villa de Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 959/2016, interpuesto por SARVAL BIO-INDUSTRIES CENTRO S.L.U., representada por la Procurador Sra. Lasa Gómez, contra el Auto dictado el 7 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de los de Madrid , recaído en la Pieza de Medidas Cautelares 145/2016. Ha sido parte apelada el AYUNTAMIENTO DE ARGANDA DEL REY, representado por la Sra. Letrado consistorial.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Notificado el Auto que ha quedado descrito en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 13 de diciembre de 2016, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. Fátima Blanca de la Cruz Mera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto el Auto referido en el encabezamiento de esta sentencia, por el que se denegó la suspensión cautelar de la ejecución de la Resolución del Ayuntamiento de Arganda del Rey de fecha 2 de febrero de 2016 estimatoria parcial del recurso de reposición deducido frente a la dictada el 26 de octubre de 2015 por la que se acordaba: 1º.- Ordenar la suspensión inmediata del uso y precinto de los *"digestores de la planta de tratamiento de residuos, así como de la zona de almacenamiento de la materia prima a la intemperie"* perteneciente a la actividad de fabricación de grasas y aceites animales (elaboración de subproductos cárnicos) sita en el camino de Pajares 21 y cuyo titular es el recurrente y para la que no se dispone de licencia de apertura, como medida cautelar durante el tiempo imprescindible para que se aseguren las medidas de seguridad necesarias para evitar cualquier tipo de riesgo, teniendo en cuenta el potencial de grave riesgo para la salud de la población en general y 2º.- Incoar expediente sancionador como presunto responsable de la infracción del art. 240.2 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, anulando este segundo apartado.

Centrada así pues la cuestión litigiosa en la suspensión de la ejecutividad de la medida cautelar de suspensión y precinto acordada por el Ayuntamiento apelado, el Auto recurrido en apelación fundamentó la denegación de la medida cautelar ante la ausencia de licencia para la actividad que se ejerce, por lo que la consecuencia no puede ser otra que su clausura, negando la irreversibilidad ni técnica ni económica derivada de la paralización de la actividad, primando la evitación de riesgos para la salud de la población por la persistencia de malos olores frente al perjuicio al recurrente.

La parte apelante impugna el referido Auto argumentando que se incurre en un error de hecho porque la actividad ejercida se encuentra amparada por licencia de apertura/funcionamiento del Ayuntamiento y por autorización ambiental integrada concedida por la Comunidad de Madrid, por lo que no nos hallamos ante una actividad clandestina. Añade que cumple con las medidas correctoras para el control de las emisiones odoríferas establecidas en sus autorizaciones, sin que el Ayuntamiento haya ordenado medida correctora adicional, así como que teniendo en cuenta las anteriores circunstancias debe prevalecer su interés para evitar el cierre de la empresa, como se acreditó con los informes aportados, pues el interés de respeto a la seguridad de los ciudadanos ya está amparado en la autorización ambiental de la que dispone.

La parte apelada se opone al recurso de apelación deducido de adverso manifestando que aunque la contraparte cuenta con licencia de apertura y funcionamiento, ejerce actividades no incluidas en ellas, por lo que las está ejerciendo de manera clandestina e irregular; que los olores nauseabundos persisten, por lo que las medidas correctoras impuestas por la Comunidad de Madrid han sido insuficientes y sigue existiendo un riesgo para la salud de los ciudadanos, así como que ha ordenado la adopción de las medidas correctoras oportunas.

SEGUNDO.- El art. 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 art. 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"*.



Interpretando estos preceptos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2004 (rec. cas. num. 6491/2001) ha señalado que se deben destacar dos aspectos: en primer término, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

La exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

- a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de indemnidad, en el caso de estimarse el recurso;
- b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,
- c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar , se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

Como segunda aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar . Ahora bien, como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo -entre otras muchas, Sentencias de 14 de abril de 2003 (casación 5020/99), 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06) y 30 de marzo de 2009 (casación 790/08), donde se citan otras anteriores de 27 de julio de 1996 , 26 de febrero de 1998 , 21 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 26 de febrero , 22 de julio y 23 de diciembre de 2000 , 2 de junio y 24 de noviembre de 2001 , 15 de junio y 13 de julio de 2002 y 22 de febrero de 2003 -, la doctrina sobre el *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, pues, de lo contrario, se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba (artículo 24 de la Constitución), salvo en aquellos supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente. En la misma línea se expresa la *sentencia de 18 de mayo de 2004* (casación 5793/01), donde, citando resoluciones anteriores de la propia Sala Tercera (autos de 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y sentencia de 14 de enero de 1997 , entre otros), se pone de manifiesto que la jurisprudencia hace una aplicación matizada y restrictiva de la doctrina de la apariencia del buen derecho.

En definitiva, a fin de proceder a resolver la procedencia o improcedencia de una medida cautelar debe procederse a efectuar una triple ponderación: a) la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto; b) que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso; y c) que se valore si la adopción de la medida cautelar puede causar una perturbación grave de los intereses generales o de un tercero, que pueda conducir a denegarla.

Es posible que: a) En el marco de provisionalidad que comportan siempre las medidas cautelares, b) dentro del ámbito limitado de la pieza de medidas cautelares; y c) sin prejuzgar tampoco lo que en su día declare la sentencia definitiva, el Auto de suspensión proceda a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar, de acuerdo con la doctrina del "*fumus boni iuris*" o de apariencia de buen Derecho.



TERCERO.- A las anteriores consideraciones y dado que en este supuesto nos hallamos ante una resolución dictada por la carencia de la pertinente licencia de apertura y funcionamiento con base en lo establecido en el art. 193 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, hemos de añadir con carácter general que para centrar adecuadamente la necesaria ponderación de los intereses en juego, conviene recordar que la licencia urbanística constituye una técnica de intervención administrativa basada en el control de los actos de edificación y otros usos que garantiza su adecuación o sometimiento a la legalidad y planeamiento urbanísticos. En este sentido afirman las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1993 y 22 de febrero de 1992 que la licencia urbanística se configura como un acto administrativo de autorización por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente, pues si es ésta la que determina el contenido del derecho de propiedad, es claro que este derecho debe ejecutarse dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, debe calificarse como un simple acto administrativo declarativo de derechos traducido en una autorización para llevar a cabo una obra o actividad, a través de un control previo de la actuación proyectada por el administrado para verificar si se ajusta o no a las exigencias del interés público plasmado en la ordenación urbanística vigente (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997).

Dicho ello, viene siendo doctrina de esta Sala la consideración como prevalente el interés público derivado del control previo de la Administración sobre las obras o actividades proyectadas (si se ajustan o no a las exigencias del interés general), frente al eventual perjuicio particular derivado del cierre o precinto de la correspondiente actividad. Una eventual suspensión de la ejecutividad de la resolución administrativa aquí impugnada equivaldría, de facto, al otorgamiento de una licencia provisional mientras se sustancia el recurso principal y ello, sin haberse efectuado control previo alguno sobre si la actividad concreta es o no conforme con el ordenamiento jurídico, lo que equivaldría, en definitiva, a soslayar el mecanismo autorizador previsto por el ordenamiento jurídico, con carácter previo al ejercicio de la concreta actividad, como necesaria técnica de control puesta en manos de la Administración.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior y a los meros efectos cautelares que aquí nos ocupan, hemos de partir de un hecho incontrovertido para las partes y es que el apelante cuenta con licencia de apertura/funcionamiento de la actividad que ejerce, por lo que la medida cautelar adoptada con base en el art. 193 de la Ley 9/2001, en que se basó la resolución recurrida, no puede constituir fundamento jurídico válido para su adopción.

De las alegaciones de la parte apelada parece desprenderse que la decisión adoptada se debía al incumplimiento de medidas correctoras por el apelante, a lo que hay que afirmar, como sostuvo el apelante, que aquéllas fueron impuestas por la Comunidad de Madrid en el seno de las competencias correspondientes en relación con la autorización ambiental integrada de la que dispone la apelante para el ejercicio de su actividad, en aplicación de la Ley 16/2002 de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Por ello las referencias que en el acto impugnado se hacen a la ineficacia total de las medidas correctoras propuestas en la autorización ambiental integrada no pueden tampoco servir de fundamento al acto por cuanto el control y seguimiento de aquéllas es competencia de la Comunidad Autónoma. En cambio no consta que el Ayuntamiento haya dictado resolución alguna imponiendo al apelante la adopción de medidas correctoras en el ejercicio de sus propias competencias y cuyo eventual incumplimiento hubiera conllevado la adopción de la medida de clausura y precinto que se adoptó, pues la simple cita del art. 42 de la Ley 18/2006 General de Sanidad, sin la constancia de la realización de un estudio sanitario que avale la tesis municipal, tampoco es admisible.

A lo que debemos añadir que si la actividad se ejerciese sin licencia o sin haberse cumplido las medidas correctoras correspondientes, como sostiene el apelado, tampoco es explicable la adopción de una medida cautelar que no afectase a la totalidad de la actividad y solo a una parte de ella.

En definitiva, la protección de la salud de la población por los malos olores que genera la actividad que desarrolla la parte apelante, no puede primar en este caso frente al interés de aquél en continuar con el ejercicio de una actividad amparada por licencia urbanística municipal y por autorización ambiental de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio del ejercicio por esta última de los controles ambientales correspondientes.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, las costas procesales causadas en esta segunda instancia no se imponen al apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, por la potestad que nos confiere la Constitución Española,



FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por SARVAL BIO-INDUSTRIES CENTRO S.L.U., representada por la Procurador Sra. Lasa Gómez, contra el Auto dictado el 7 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de los de Madrid, recaído en la Pieza de Medidas Cautelares 145/2016, que se revoca, y en su lugar acordamos que ha lugar a adoptar la suspensión cautelar de la Resolución del Ayuntamiento de Arganda del Rey de fecha 2 de febrero de 2016, sin costas.

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 2612-0000-85-0959-16 (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 2612-0000-85-0959-16 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