

29 JUL 2015

AUTO: 00097/2015

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N35300

SAENZ DE MIERA, N° 6

N.I.G: 24089 45 3 2014 0000770

Procedimiento: PSS PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES 0000048 /2014 0001PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000048 /2014

Sobre: ADMINISTRACION LOCAL

De D/Dª: ASOCIACION MONTAÑA DE BABIA Y LUNA

Letrado: CARLOS GONZÁLEZ ANTÓN

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª

Letrado:

Procurador D./Dª

A U T O N° 97/2015

En LEON, a veintidós de Julio de dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- En la presente Pieza Separada, formada en el recurso contencioso-administrativo arriba referido, interpuesto por la representación procesal de la ASOCIACION MONTAÑA DE BABIA Y LUNA contra resolución del Ayuntamiento de San Emiliano, la parte recurrente solicita la suspensión la ejecutividad de la licencia otorgada. Se dio traslado a la Administraciones demandadas, que hizo las alegaciones que constan en autos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Con arreglo a lo establecido en el art. 129.1 LJCA, los interesados pueden solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Entre estas medidas -que la ley no enumera ni limita en cuanto a naturaleza y contenido-, se encuentra la suspensión de la ejecución del acto objeto de recurso, para cuya adopción deben valorarse de forma circunstanciada todos los intereses en conflicto, tal como dispone el art. 130 LJCA, acordándola sólo cuando la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y debiendo denegarse cuando de la suspensión pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Las notas esenciales del régimen general de medidas cautelares se recogen -entre otras muchas- en las SSTs de 14 de octubre de 2005, 27 de junio de 2007, 14 de octubre de 2008, 22 de octubre de 2008 y 11 de febrero de 2009, por lo que aquí interesa, en los siguientes

términos: 1) se fundamenta en un presupuesto: la existencia del periculum in mora (art. 130.1); 2) como contrapeso del anterior criterio, se exige una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero (art. 130.2); 3) la conjugación de los dos criterios legales (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 de 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 art. 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba; 4) pese a la aparente 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 en un marco de provisionalidad, dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, a los meros fines de la tutela cautelar.

SEGUNDO.- Aunque el criterio general para la adopción de las medidas cautelares de régimen común en la LJCA 1998 es el periculum in mora, la Sala Tercera también ha reconocido (así, STS de 29 de septiembre de 2008) la utilidad del criterio del fumus boni iuris, sin perjuicio de reconocer acto seguido que requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, afirmando, con cita de las SSTs de 3 de julio de 2007 (casación 10341/04) y 17 de marzo de 2008 (casación 1021/06), que "la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris" no es un criterio desdeñable a la hora de tomar decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo fue en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998, ni lo es en la que complementa lo dispuesto en ésta. Ese criterio, aun siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, no parece que pueda ser desatendido; bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible. Y no parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, lo prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Tampoco parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma, y afirma con toda

reiteración y contundencia, la lícita utilización de aquel criterio. Es cierto, sin embargo, que se trata de un criterio que debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/1998, para percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar de forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar. Es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar, pues dejando de lado procesos especiales, sobre todo en otros órdenes jurisdiccionales, la finalidad propia y directa de esta institución no es en el proceso contencioso-administrativo la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer. Y es un criterio que en todo caso 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". En el mismo sentido, la STS de 11 de febrero de 2009 (rec. 5036/2007).

TERCERO.- Interesa la demandante la suspensión del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Emiliano, de 14 de junio de 2014, que inadmitió el recurso de reposición formulado contra el de 4 de octubre de 2013, así como el de 8 de octubre de 2014, por el que se convalida el otorgamiento de licencia ambiental al "servicio de comedor para ganaderos" o refugio de montaña en el Puerto de Pinos. El Ayuntamiento de Mieres (Asturias), codemandado en este proceso, es propietario, desde principios del siglo XX, de unos terrenos en el Puerto de Pinos, en la provincia de León. Con arreglo al art. 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, éstas pueden adquirir bienes o derechos por cualquiera de los modos legítimamente admisibles conforme al ordenamiento jurídico y, en ese sentido, nada impide que el Ayuntamiento de Mieres sea propietario de inmuebles fuera de su término municipal. Ahora bien, a tenor del art. 12 de la Ley de bases de Régimen Local, el término municipal es el territorio en el que el Ayuntamiento ejerce sus competencias, constituye uno de sus elementos constitutivos y, por lo que interesa a este proceso, circunscribe y limita la posibilidad de ejercer competencias y prerrogativas públicas, lo cual no es sino un corolario lógico de la naturaleza propia de las Entidades Locales como administraciones de carácter territorial. Fuera de su término municipal, por tanto, un Ayuntamiento puede ser titular de bienes y derechos, con una posición análoga (no enteramente idéntica) a la de cualquier sujeto privado, pero no puede realizar ninguna actuación que implique ejercicio de competencias administrativas, ni utilizar sus potestades o prerrogativas públicas. El Ayuntamiento de Mieres expone en su

escrito de alegaciones, oponiéndose a la medida cautelar solicitada, que "en ningún caso está prestando un servicio fuera de su ámbito local de actuación", pues "simplemente ejerce una actividad que en ningún caso es un servicio, puesto que es un local destinado a hostelería, y ni siquiera lo ejerce en primera persona, sino que lo hace mediante una concesión administrativa cuyo expediente igualmente se adjunta. El Pliego de Contratación establece la concesión del servicio de Prestación de Servicio de Comedor para ganaderos, y ello no es más que una simple adjudicación de la explotación hostelera de un local situado fuera del término municipal de Mieres, pero en ningún caso un servicio entendido como los de limpieza, urbanismo, seguridad vial, etc", afirmaciones en sí mismas contradictorias, ya que si la actividad "en ningún caso es un servicio" no parece fácil entender cómo se ha otorgado "una concesión administrativa" para su gestión. Sin prejuzgar en modo alguno el resultado final del proceso, el examen de los documentos aportados por una y otra parte revelan, en síntesis, a los meros efectos de la tutela cautelar, lo siguiente: 1) el Ayuntamiento de Mieres (Asturias) ha otorgado un contrato administrativo de servicios, mediante procedimiento abierto, sometido al Real Decreto-leg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, contrato cuyo objeto o "necesidad pública a satisfacer" (Anexo I) es "un servicio de comida a los ganaderos durante la utilización del puerto"; 2) a tenor del Pliego de Cláusulas Administrativas (4) las cuestiones litigiosas que se susciten en relación con el contrato se remiten a la jurisdicción contencioso-administrativa "con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias" (sic); 3) el Ayuntamiento de Mieres presentó ante el de San Emiliano una llamada "memoria" de regularización, carente de visado, suscrita por un técnico municipal de Mieres, con titulación de Ingeniero Técnico Industrial; 4) el Ayuntamiento de San Emiliano, en cuyo término municipal se encuentra el Puerto de Pinos, ha dictado un acuerdo, recurrido en este proceso, en el que "convalida" la licencia ambiental otorgada, sin que conste la solicitud, tramitación ni otorgamiento de la simultánea e inexcusable licencia urbanística. En consecuencia, siempre a los limitados efectos de esta pieza separada de suspensión, las afirmaciones de la codemandada al oponerse a la medida cautelar no se corresponden con la realidad: el Ayuntamiento de Mieres está prestando, en virtud de un contrato administrativo (esto es, en ejercicio de sus prerrogativas públicas), lo que necesariamente ha de ser considerado como un servicio público, ya que este contrato administrativo típico no puede tener otro objeto (art. 275 TRLCSP) que "los servicios de su competencia", consistente en una actividad comercial de hostelería, y todo ello fuera de su término municipal, es decir, en un territorio en el que no puede ejercer ninguna potestad pública. Dicha actividad, objeto de esta peculiar concesión administrativa *in partibus*, ha obtenido licencia ambiental del Ayuntamiento de San Emiliano, sin que se haya presentado un proyecto como tal, sino una "memoria", suscrita por un técnico del Ayuntamiento de Mieres y

carente de visado, como si se tratara de obras realizadas por el Ayuntamiento de Mieres en su propio territorio. Invoca la actora otros argumentos, como la imposibilidad de convalidar un acto aquejado de nulidad absoluta, como resulta del art. 37.5 de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales de Castilla y León (vigente hasta el 19 de abril de 2015), cuestión que constituye uno de los argumentos centrales de la demanda, por lo que deberá ser objeto de examen y consideración en la sentencia que en su día se dicte. En cualquier caso, basta con lo expuesto para entender que se cumplen aquí los más exigentes estándares jurisprudenciales para la apreciación cautelar de una manifiesta y seria apariencia de buen derecho, ante la existencia de una cadena de actos cuya nulidad resulta patente, por lo que no son desmedidas ni inexactas las expresiones de la actora cuando alude a ilegalidad manifiesta y conducta antijurídica. Procede, en razón de todo lo expuesto, acordar la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de lo que se resuelva en la sentencia definitiva.

Vistos los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo:

1.- La SUSPENSIÓN de la ejecución del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de San Emiliano, de 14 de junio de 2014, que inadmitió el recurso de reposición formulado contra el de 4 de octubre de 2013, así como el de 8 de octubre de 2014, por el que se convalida el otorgamiento de licencia ambiental al "servicio de comedor para ganaderos" en el Puerto de Pinos.

2.- LA CLAUSURA DE TODAS LAS INSTALACIONES amparadas por la citada licencia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe recurso de apelación, que deberá interponerse en el plazo de quince días a partir de su notificación y del cual conocerá la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid. La interposición de recurso no impedirá la ejecución de lo resuelto.

Así lo acuerda, manda y firma el Ilmo. Sr. Alfonso Pérez Conesa, Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número tres de León. Doy fe.