

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33016330

NIG: 28.079.00.3-2017/0012439



(01) 31149308510

Pieza de Medidas Cautelares 659/2017 - 01 (Procedimiento Ordinario)

De: DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

Contra: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

AYUNTAMIENTO DE RIVAS VACIAMADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

A U T O

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D./Dña. JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D./Dña. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO

D./Dña. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER

D./Dña. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D./Dña. NATALIA DE LA IGLESIA VICENTE

En Madrid, a doce de septiembre de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Solicitada por la parte actora, **DELEGACION DEL GOBIERNO EN MADRID** medida cautelar y formada la presente pieza para su tramitación, se dio traslado a la parte demandada, **AYUNTAMIENTO DE MADRID y AYUNTAMIENTO DE RIVAS VACIAMADRID**, quien se ha opuesto a la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La solicitud de suspensión cautelar formulada por la Delegación del Gobierno en Madrid tiene por objeto las Cláusulas Primera y Segunda del Convenio de Colaboración para la actuación conjunta entre los Ayuntamientos de Rivas Vaciamadrid y Madrid suscrito el 5 de abril de 2017, que contemplan,

respectivamente, el objeto del convenio consistente en establecer las líneas de actuación conjunta entre las policías locales de ambos municipios para la atención de la situación extraordinaria existente en la Cañada Real Galiana mediante una serie de medidas, y la autorización recíproca para que las respectivas policías locales puedan actuar en el otro municipio en el ámbito territorial antes mencionado.

La Delegación del Gobierno en Madrid sustenta su petición de suspensión cautelar en la existencia de *fumus boni iuris*, afirmando que se infringen los arts. 27 y 28 de la Ley 4/1992, de 8 de julio, de la Comunidad de Madrid, de Coordinación de Policías, pues la aplicación de ambos preceptos requieren inexcusablemente que concurra una situación de emergencia que en el Convenio no se contempla, añadiendo que se haría perder al recurso su finalidad legítima si no se accede a la suspensión cautelar por la nulidad de pleno derecho de todas las actuaciones policiales llevadas a cabo con sustento en el Convenio en el ámbito territorial de otro municipio, por falta manifiesta de competencia territorial, sin que se causen perjuicios a terceros pues la actuación policial en el municipio correspondiente queda salvaguardada.

Los Ayuntamientos que suscribieron el Convenio se oponen a la medida cautelar solicitada de contrario.

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 identidad, 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, siquiera a los meros fines de la tutela cautelar, de acuerdo con la doctrina del "*fumus boni iuris*" o de apariencia de buen Derecho.

TERCERO.- La aplicación al caso de autos de tal doctrina jurisprudencial y normativa legal conlleva denegar la medida cautelar solicitada.

En relación con el *fumus* invocado por el recurrente y la posibilidad de que la apariencia de buen derecho pueda operar para justificar la suspensión de la disposición impugnada, es doctrina constante del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de diciembre de 2012, recurso 5459/2011 , por todas) la que indica que este es un principio que ha de manejarse con mesura y que únicamente puede considerarse como factor relevante para dilucidar la prevalencia del interés que pueda dar lugar a la procedencia de la suspensión, cuando 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, se impugne un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, o haya recaído en ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula. Todo esto con el carácter meramente provisional propio del régimen de las medidas cautelares, sin prejuzgar en absoluto el fondo del asunto, y que no se predica cuando el término de comparación no comprende un supuesto idéntico al objeto de la solicitud de tutela cautelar, sino semejante y necesitado de un juicio de aplicación de la doctrina que llevó a la nulidad del precepto al caso, que sólo puede ser realizado en la resolución que ponga fin al proceso.

Se trata por el contrario, como declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de marzo de 2010 (recurso 1.481/2.009) de que "*La apariencia de buen derecho -"fumus boni iuris"- exige para que se conceda la tutela cautelar que exista o pueda existir un "periculum in mora" para el derecho que se solicitado, por lo que es*

indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable, con una probabilidad cualificada". Y en este caso no podemos apreciar su concurrencia, pues la supuesta vulneración legal aducida por el recurrente (que el art. 28 es un complemento y no una excepción del art. 27) no encuentra su apoyo en la STC 52/1993, de 11 de febrero que cita en su solicitud, pues antes al contrario en dicha sentencia se afirma la constitucionalidad del art. 28 de la Ley 4/1992 y su no subordinación al art. 27, que es la tesis que erróneamente sostiene el recurrente, cuando afirma lo siguiente:

"El art. 28 de la Ley madrileña se refiere a la posibilidad de colaboración entre municipios para atender eventualmente sus necesidades, <en situaciones especiales y extraordinarias>, de conformidad con los criterios de actuación conjunta establecidos por la Comisión Regional de Coordinación. Denuncia el Abogado del Estado que aquella frase es susceptible de una interpretación extensiva determinante de un resultado distinto del que se alcanza según lo que el art. 51.3 de la L.O.F .C.S. llama <situaciones de emergencia>. Pero el precepto impugnado se refiere a fórmulas de colaboración conceptualmente distintas de las que determinan la actuación supramunicipal de las Policías Locales (art. 27) puesto que no se refiere a situaciones de emergencia que determinen esa actuación extraterritorial, sino a la posibilidad de colaboración entre municipios para atender <eventualmente> (o sea, de modo transitorio) <situaciones especiales y extraordinarias>, pues indudablemente son concebibles esas fórmulas de colaboración distintas de la actuación extraterritorial del Cuerpo de Policía Local. Esta calificación de extraordinarias pone de manifiesto cual sea el límite correcto: O sea, el de que se trate de situaciones fuera de lo normal que exijan esa eventual colaboración especial, sin vulnerar el principio de actuación territorial del Cuerpo establecido por el art. 51.3 de la L.O.F .C.S. Y aunque una interpretación ajena a ese sentido pudiera resultar contraria a dicho artículo, ello no comporta la inconstitucionalidad del precepto sino, en su caso, la de aquella eventual aplicación.

No procede, pues, estimar la impugnación de este artículo, que debe entenderse como una especial colaboración entre municipios y no como prestación

supramunicipal del servicio de policía, lo cual no impide que se preste conforme a los criterios establecidos por la Comisión Regional de Coordinación que crea la Ley madrileña (art. 20).”.

Lo que nos conduce igualmente a rechazar que exista periculum in mora en los términos expuestos por el recurrente, pues las supuestas nulidades de pleno derecho por manifiesta falta de competencia territorial aducidas por aquél, se predicarían, en su caso, de los eventuales actos de aplicación del Convenio, pero no de este en sí mismo considerado. Y sin que en la ponderación de los intereses en juego resulte prevalente el derivado de la suspensión instada, pues se considera que debe prevalecer el interés general en la aplicación de un Convenio que prevé fórmulas de actuación conjunta a fin de conseguir una mayor efectividad policial al amparo de un precepto legal vigente y expresamente declarado constitucional, como ya se expuso con anterioridad.

CUARTO.- Las costas procesales derivadas del presente incidente, conforme a lo establecido en el art. 139.1 y 3 LJCA, son de expresa imposición a la parte recurrente, fijándose en la cantidad máxima de 500 euros el importe de los honorarios de los letrados de cada una de las partes demandadas, más los derechos de los procuradores.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación, siendo ponente el Ilmo/a. Sr/a. D/D^a D./D^{ña}. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA.

LA SALA ACUERDA: LA SALA ACUERDA: Denegar la medida cautelar solicitada por la Delegación del Gobierno en Madrid a que la presente pieza separada se contrae, condenándola a abonar las costas procesales derivadas de la misma hasta el límite máximo fijado en esta resolución.

Contra la presente resolución cabe **recurso de reposición** en el plazo de cinco días desde la notificación, **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 2612-0000-91-0659-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 20 Contencioso-Reposición/Súplica (25 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 2612-0000-91-0659-17 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. anotados en el encabezamiento de la presente resolución.