

Recurso de apelación 355/2018

SENTENCIA NUMERO 261
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a María Soledad Gamo Serrano

D^a Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid, a veintisiete de marzo de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso de apelación número 355/2018, interpuesto por el Ayuntamiento

de Rivas Vaciamadrid, representado por el Procurador de los Tribunales don Jacobo Gandarillas Martos, contra la Sentencia de 22 de enero de 2.018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid en el procedimiento ordinario nº 420/2016. Siendo parte la mercantil Metalfyn Recuperaciones SL y don representados por el Procurador de los Tribunales doña Marta Dolores Martínez Tripijana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de enero de 2.018 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid en el procedimiento ordinario nº 420/2016, por la que se estimaba el recurso interpuesto por la mercantil Metalfyn Recuperaciones SL y contra la resolución dictada el 20 de octubre de 2016 por la Concejala Delegada de Ciudad Sostenible y Territorio del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid.

SEGUNDO.- Para la votación y fallo se señaló el día 21 de marzo de 2019, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los arts. 80.3 y 85 de la Ley Jurisdiccional 29/98.

CUARTO.- Por Acuerdo de 20 de febrero de 2019 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 voluntaria del Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez.

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 el Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid contra la Sentencia de 22 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 420/2016, por la que se estimaba el recurso interpuesto por la mercantil Metalfyn Recuperaciones SL y contra la resolución dictada el 20 de octubre de 2016 por la Concejala Delegada de Ciudad Sostenible y Territorio del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid mediante la que, al tiempo que se ordena “el cierre y precinto definitivo de la actividad, declarando la no posibilidad de definitiva de restauración de la legalidad de expediente incoado contra por realizar la actividad de almacén de recuperaciones férricas y metales en y ordenar su consiguiente archivo”, se ordena, también, “la retirada de los materiales o productos de la actividad cerrada que, en su caso, puedan suponer riesgo para la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles” y se advierte “al interesado, que en caso de no llevarse a cabo, la Administración actuante procederá mediante ejecución subsidiaria según lo previsto en el artículo 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, repercutiendo contra el interesado los costes derivados de la ejecución forzosa”.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento formula recurso de apelación frente a la meritada Sentencia señalando que la misma debió admitir la alegada inadmisibilidad del recurso por concurrir causa legal del artículo 51 c) y 69 c) de la Ley de la Jurisdicción en relación con la previsión establecida por el artículo 28 de la misma Ley ya que la orden de demolición se dicta en ejecución de una previa orden ejecución que obtuvo un tratamiento favorable por la Sentencia n.º 1782 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de noviembre de 2011.

Añade, en cuanto al fondo, que el requerimiento de legalización y resolución acerca de la eventual solicitud de legalización es superfluo e innecesario cuando se trate de actuaciones manifiestamente ilegalizables lo que sucede en el supuesto de autos pero no obstante ello el procedimiento de legalización se siguió y dio lugar a la orden de demolición, existiendo una Sentencia firme que acordó el cese definitivo de la actividad, y que se trata de una actividad no permitida, por lo que resulta no solo la imposibilidad de la adquisición de licencia por el transcurso del tiempo e igualmente la imposibilidad de tener por prescrita la acción de restauración de la legalidad urbanística infringida y que tampoco por el transcurso del tiempo puede quedar amparada ya que estamos ante una infracción urbanística cometida sobre un espacio libre municipal ya que la actividad se realiza sobre una vía pecuaria.

Señala que la orden de cierre y clausura definitiva de la actividad de Chatarrería, acordada por Decreto de 11 de noviembre de 2008, por el que se ordenaba el cierre y clausura definitiva de la actividad de chatarrería, que se viene desarrollando en las Parcelas

ha sido confirmada por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el rollo de apelación n.º 787/2010.

TERCERO.- La representación de la mercantil Metalfyn Recuperaciones SL y de se opuso a la apelación señalando que no hay absolutamente nada en el expediente administrativo que se postula en esta litis que arguya directa o indirectamente que se trata de la ejecución procedente de un expediente anterior y lo que no se puede es dejar un procedimiento administrativo durante años sin llevarlo a puro y debido efecto. Señala que resulta indiferente que el contrario considere que es desde el año 2011 como del año 2008. Además, indica, se identifican parcelas que no se corresponden con la suya.

Añade que lo que consta en la sentencia no es que en otro procedimiento se concediera o no el trámite de audiencia sino que no se ha otorgado este en el procedimiento que es objeto de esta litis, no de otra litis diferente que no tiene nada que ver con esta pues no se está juzgado en este litis lo Juzgado en otro procedimiento.

Opone que la Sentencia no tiene nada que ver, per se, con que la actividad que dice el adverso desarrolla mi representada, pues lo que ha establecido la Sentencia es lo que es, siendo esto que el procedimiento administrativo es nulo de pleno derecho, pues ha dejado colgado sine die un procedimiento sin más por lo que se tenga o no licencia resulta indiferente debiendo acudir a la ejecución de aquellas Sentencias que refiere y si se tratara de una ejecución subsidiaria también se habría infringido el artículo 10 del Real Decreto 2187/1978.

CUARTO.- Antes de resolver los concretos motivos del recurso de apelación conviene precisar el alcance de la resolución que fue objeto de recurso en la instancia.

En la misma se configuran tres decisiones diferentes, a saber:

a.- el cierre y precinto definitivo de la actividad, declarando la no posibilidad de definitiva de restauración de la legalidad de expediente incoado contra METALFYN RECUPERACIONES, S.L. por realizar la actividad de almacén de recuperaciones férricas y metales en _____ y ordenar su consiguiente archivo”;

b.- se ordena la retirada de los materiales o productos de la actividad cerrada que, en su caso, puedan suponer riesgo para la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles”; y,

c.- se advierte al interesado, que en caso de no llevarse a cabo, la Administración actuante procederá mediante ejecución subsidiaria según lo previsto en el artículo 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, repercutiendo contra el interesado los costes derivados de la ejecución forzosa.

Dado su contenido, el objeto de recurso es una orden de cierre y precinto definitivo de la actividad a la que se acompaña una medida de aseguramiento y una mera advertencia.

QUINTO.- Desde dicha perspectiva debe examinarse, en primer lugar, si concurre la causa de inadmisibilidad del recurso que sostiene el Ayuntamiento formulada al amparo de los artículos 51 c) y 69 c) de la Ley de la Jurisdicción en relación con la previsión establecida por el artículo 28 de la misma Ley.

Hemos de recordar que el artículo 51.1 c) de la ley de la Jurisdicción configura como causa de inadmisibilidad la de haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación señalando el artículo 28 de dicho texto que “no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”.

Salvo la desestimación en el fallo de dicha causa no encontramos en la Sentencia una referencia explícita a la misma salvo que debamos entender que su rechazo se produce por la existencia de un nuevo expediente del que nace la orden objeto de recurso dado el transcurso del tiempo acaecido desde la orden analizada judicialmente y la ahora dictada por lo que desde dicha perspectiva será estudiado el motivo.

Esta Sección dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2011 en el recurso de apelación 787/2010. En dicho recurso se analizaba, en apelación, la impugnación que los recurrentes efectuaban contra a resolución del Director General de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 21-03-07, desestimatoria de recurso de reposición formulado contra anterior resolución de 12/06/06 sobre orden de demolición de construcción de edificación y vallado de parcela realizadas en la finca en la que aquellos realizaban la actividad de chatarrería.

En dicha Sentencia, por un lado, se confirmaba la clausura de la actividad de chatarrería que realizaban los recurrentes al no haber sido objeto de apelación la determinación en tal sentido efectuada en la instancia, y, por otro lado, se declara no prescrita la acción para la restauración de la legalidad urbanística.

Nuestra Sentencia contenía el siguiente fallo “Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. María Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación del Ayuntamiento de Rivas VaciaMadrid, contra la Sentencia, dictada el día 15 de marzo de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 16 de Madrid, en el procedimiento ordinario número 19 de 2009, Sentencia que estimo parcialmente el recurso frente a la Resolución, de la Junta de Gobierno Local del referido Ayuntamiento, de fecha 11 de noviembre de 2008, sentencia que desestimó el recurso en cuanto a la clausura y cierre de la actividad de chatarrería en las y lo estimó en cuanto a la demolición, por estimar caducada la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística, Sentencia que se Revoca; y, consecuentemente, se desestima el recurso contencioso administrativo planteado, asimismo en cuanto a la demolición de las construcciones e instalaciones existentes en el interior de la actividad, confirmando por ello en su totalidad la resolución administrativa recurrida”.

El cierre y precinto de una actividad clausurada, clausura confirmada judicialmente, es un acto de ejecución material de la previa orden de cese confirmada judicialmente y el procedimiento tramitado respecto a la actividad ha sido único. Esto es, existe una orden de cese y clausura firme que ha sido incumplida, y el hecho de que haya transcurrido el tiempo no significa que el Ayuntamiento no pueda, ante la constatación de su persistente incumplimiento, acordar de nuevo el cierre y precinto por el incumplimiento de aquella resolución; máxime cuando las circunstancias siguen siendo las mismas (ejercer una actividad no amparada por la licencia de chatarrería) desde un principio. En definitiva, el acto administrativo impugnado es, en parte, la ejecución de una orden de cese y clausura firme de la actividad y por ello no procede la inadmisibilidad del recurso, atendiendo al alcance de la resolución, pero sí su desestimación.

Por último en el escrito de oposición a la apelación, así como en demanda, se hace referencia a que el acto fue dictado por órgano incompetente cuestión ésta que no es asumida por el Juzgador de instancia y cuyo pronunciamiento al respecto es asumido por las partes. No obstante entendemos que dicha alegación se efectúa al amparo del artículo 62.1.b) de la entonces vigente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) que se refiere a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, pero dicha alegación no puede ser admitida toda vez que consta en la resolución que la misma fue adoptada en virtud de las facultades conferidas por Decreto 3787/15 de 15 de Junio, cuya presunción de legalidad no quedó desvirtuada.

En todo caso, los casos de incompetencia jerárquica no constituyen una incompetencia manifiesta por razón de la materia, por lo que no se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho, sino de anulabilidad, "pudiendo la Administración convalidar los actos anulables, ... y, si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado", ya sea el órgano superior jerárquico inmediato como el órgano superior jerárquico de ambos (sentencia de la Sala 3ª, de 15 de octubre de 2003). Ya con anterioridad había resuelto el Tribunal Supremo que "para que el acto dictado por un Órgano incompetente sea nulo de pleno derecho" es necesario "que la incompetencia sea manifiesta" y "este carácter únicamente se da en las incompetencias por razón de la materia y del territorio, pero no por lo jerarquía o grado", pues en este caso el órgano competente, superior jerárquico del que dictó el acto, puede convalidarlo -por otra parte, así lo prevé el artículo 67.3 de la Ley 30/1992-; y es que -

expresa igualmente el Tribunal Supremo- "para que se pueda apreciar el motivo de nulidad radical por incompetencia del órgano autor del acto administrativo, es indispensable que la incompetencia del mismo sea evidente, clara, incontrovertible y patente sin precisar labor de interpretación de normas", pues esto es lo que significa " manifestamente incompetente" (sentencia de 22 de marzo de 1988, y las numerosas que cita), así lo indican entre otras la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación número 4284/2005, 18 de enero de 2012, dictada en el Recurso de Casación 4742/2008 y 23 de julio de 2012 dictada en el Recurso de Casación 326/2010.

SEXTO.- 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 apelante 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 estimarse la apelación no procede imponer las costas en esta instancia sin que proceda hacer declaración en relación con las costas de la instancia dado que en la misma no hubo condena y su pronunciamiento no ha sido controvertido.

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 el Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid contra la

Sentencia de 22 de enero de 2.018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 420/2016, ha decidido:

Primero.- Estimar dicho recurso de apelación.

Segundo.- Revocar la Sentencia de 22 de enero de 2.018 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 420/2016 y, en su consecuencia, se desestima el recurso interpuesto por la mercantil Metalfyn Recuperaciones SL y contra la resolución dictada el 20 de octubre de 2016 por la Concejala Delegada de Ciudad Sostenible y Territorio del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid.

Tercero.- No efectuar expresa condena en costas en esta instancia ni en la primera.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

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 18 (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 (IBAN ES.) y se consignará el número de cuenta-expediente 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. José Daniel Sanz Heredero

D. Francisco Javier Canabal Conejos

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a María Soledad Gamo Serrano

D^a Natalia de la Iglesia Vicente

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.