



Roj: STSJ CAT 4385/2014
Id Cendoj: 08019330052014100194
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Barcelona
Sección: 5
Nº de Recurso: 33/2011
Nº de Resolución: 267/2014
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: EDUARDO PARICIO RALLO
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA CONTENCIÓS ADMINISTRATIVA
SECCIÓ CINQUENA

Rotlle d'apel·lació núm. 33/2011

SENTÈNCIA Núm. 267/2014

Il·lms. Srs.:

President

Sr. Alberto Andrés Pereira

Magistrats

Sr. Jose Manuel de Soler Bigas

Sra. Ana Rubira Moreno

Sr. Eduard Paricio Rallo

Sr. Juan Fernando Horcajada Moya

A la ciutat de Barcelona, 21 de març de 2014.

LA SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA (SECCIÓ CINQUENA), ha pronunciat la següent **SENTÈNCIA** en el recurs d'apel·lació núm. 33/2011, interposat per la **FUNDACIÓ PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB**, representada pel procurador Sr. ANTONIO M^a DE ANZIZU FUREST i dirigida per la lletrada Sra. MARTA GIRÓ, essent part apel·lada l' **AJUNTAMENT DE TERRASSA**, representat per la procuradora Sra. CARMEN RIBAS BUYÓ i dirigit per la lletrada Sra. HELENA LUCIO VICIANA.

Ha estat ponent el **Magistrat Il·lm. Sr. Eduard Paricio Rallo**, que expressa el parer de la Sala.

ANTECEDENTS

PRIMER.- A la peça separada de mesures cautelars del recurs núm. 425/2010, seguit davant el Jutjat contenciós administratiu núm. 3 de Barcelona, es va dictar interlocutòria en data 19 d'octubre de 2010 mitjançant la qual es va desestimar la mida cautelar de suspensió de la resolució impugnada.

SEGON.- La representació de l'actora va interposar recurs d'apel·lació mitjançant el qual va demanar sentència que disposi la immediata paralització de l'actuació de l'Ajuntament i la reposició de les instal·lacions de l'estadi al seu estat original, amb lliurament del mateix a la seva legítima posseïdora que és la fundació recurrent.

Hom fonamenta el recurs en els següents motius:

A/ La incongruència omissiva en que incorre la interlocutòria impugnada, atès que no es pronuncia sobre l'al·legació referida a la il·legal ocupació de l'estadi per via de fet ni sobre la petició reiterada de reposició de les instal·lacions;

B/ Que l'ocupació de les instal·lacions constitueix efectivament una situació de via de fet ja que l'Ajuntament no va seguir un procediment previ. En conseqüència, la mida cautelar era obligada d'acord amb allò previst a l' article 136 de la Llei jurisdiccional , en el ben entès que la resolució no es podia executar en quedar pendent l'ocupació d'una decisió judicial. Hom esmenta en aquest sentit la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en sentència núm. 78/1996 ;

C/ El fet que, de no adoptar-se la mida cautelar sol·licitada, el recurs perdrà la seva finalitat doncs la resolució posa en qüestió la viabilitat econòmica per a la fundació recurrent i la seva activitat de promoció del futbol base. En aquest sentit, considera la recurrent que no es pot identificar un interès públic en el fet que la selecció xinesa de futbol ocupi l'estadi. D'altra banda, considera que amb la decisió impugnada l'Ajuntament afavoreix el club "Terrassa FC" en contra de la recurrent atès que el club esmentat ha endegat una escola de futbol que ha tret alumnes a l'actora; i

D/ el fet que la mida cautelar no ha d'ocasionar perjudicis a l'interès públic.

TERCER.- El recurs va ser admès a ambdós efectes i va ser traslladat a la representació de l'Ajuntament demandat, que s'hi va oposar, tot demanant la desestimació del recurs d'apel·lació.

QUART.- Un cop es van elevar les actuacions a aquesta Sala, es va formar el corresponent rotlle d'apel·lació, es va designar Magistrat ponent i, atès que no es va demanar la recepció a prova en aquesta alçada ni la celebració de vista, es va assenyalar data per a la votació i resolució del recurs.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- S'impugna en el recurs d'instància l'acord de la Junta de Govern Local de l'Ajuntament de Terrassa de data 16 de juliol de 2010 que declara extingits els drets constituïts sobre els béns de domini públic "Estadi Olímpic Municipal de Futbol" i les seves dependències, tot posant-los a disposició de l'Ajuntament de Terrassa. A l'escrit d'interposició l'actora va demanar una mida cautelar de suspensió urgent de la resolució impugnada, petició que no va ser admesa en no apreciar-se una situació d'urgència. Posteriorment es va denegar també la mida cautelar ordinària

L'anterior interlocutòria pren en consideració el fet que la resolució impugnada no impedeix l'ús de les instal·lacions per la fundació recurrent, que no s'acredita la impossibilitat d'un desallotjament ràpid ni que l'acte causi perjudicis d'impossible o difícil reparació.

Segons que s'ha esmentat, l'actora fonamenta la apel·lació en un primer motiu referit a la incongruència omissiva en que incorre la interlocutòria impugnada, atès que no es pronuncia sobre l'al·legació referida a la il·legal ocupació de l'estadi per via de fet ni de la petició reiterada de reposició de les instal·lacions. Hom afegeix que l'ocupació de les instal·lacions constitueix efectivament una situació de via de fet ja que l'Ajuntament no va seguir un procediment previ.

Cal puntualitzar que en el procés d'instància l'actora no va plantejar pròpiament una via de fet sinó l'absència del procediment legalment exigible. Certament no s'inclou en la interlocutòria impugnada una referència a aquest argument en el context d'una invocació del principi d'aparença de bon dret, però això no ha de portar a admetre aquest recurs d'apel·lació.

En efecte, en primer lloc cal posar de relleu que allò que l'actora va impugnar és una resolució formalment adoptada per l'Ajuntament demandat. No es va impugnar una actuació material, que en tot cas serà una actuació posterior a la resolució impugnada aliena al procés en no haver-se instat la seva ampliació. Conseqüentment, no pot ser objecte d'anàlisi una eventual via de fet o unes actuacions posteriors a la concreta resolució que s'impugna en el recurs.

D'altra banda, cal afegir el fet que sí que hi ha un procediment previ, concretament un acte d'incoació del procediment i un tràmit d'al·legacions. Es podrà discutir si es tracta d'un procediment idoni o suficient, però no es pot afirmar que l'Administració hagi resolt sense procediment previ.

Per tant, la mida cautelar prevista a l' article 136 de la Llei jurisdiccional no era obligada atès que no estem en el pressupòsit material de l'esmentada mida.

Cal afegir que tampoc seria invocable la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en sentència núm. 78/1996 , atès que es tracta d'una doctrina que respon a una situació molt concreta, com ara el fet que

el recurs s'adreçava contra una resolució sancionadora la qual executivitat queda demorada a la finalització de la via administrativa, situació que no és el cas. D'altra banda, l'ordenament ha establert noves formes per preservar el dret a la tutela judicial efectiva del recurrent com ara la possibilitat d'instar una mida cautelar urgent, possibilitat que en efecte l'actor va exercir obtenint una resposta judicial gairebé immediata.

SEGON.- L'actora insisteix alhora en el fet que, de no adoptar-se la mida cautelar sol·licitada, el recurs perdrà la seva finalitat doncs la resolució posa en qüestió la viabilitat econòmica per a la fundació recurrent i la seva activitat de promoció del futbol base. En aquest sentit, considera la recurrent que no es pot identificar un interès públic en el fet que la selecció xinesa de futbol ocupi l'estadi. D'altra banda, considera que amb la decisió impugnada l'Ajuntament afavoreix el club "Terrassa FC" en contra de la recurrent atès que el club esmentat ha endegat una escola de futbol que ha tret alumnes a l'actora.

Així doncs, l'actora invoca un perill en l'espera als efectes de justificar la mida cautelar demanada. Certament, la valoració del perill en l'espera hauria de ser la raó de fons de la decisió cautelar atesa la seva vinculació amb la ponderació dels interessos en joc, que és el criteri central que disposa la Llei jurisdiccional. En aquest context, correspon a l'actora argumentar i en el seu cas acreditar els danys que invoca, danys que no puguin ser eventualment compensats en el supòsit que el recurs sigui estimat. En aquest sentit, els articles 728.1 i 732.1 de la Llei d'Enjudiciament Civil condicionen l'adopció de mides cautelars no ja a la invocació d'un dany sinó a la justificació del mateix, justificació que cal fer en el moment de sol·licitud de les mides (article 732.2 in fine LEC).

Doncs bé, val a dir que no s'ha acreditat -ni tan sols s'ha argumentat suficientment- el dany que l'execució de la resolució administrativa causa en l'actora. La recurrent aporta al·legacions sobre la seva viabilitat econòmica i la competitivitat pràctica de l'entitat respecte altres institucions d'ensenyament esportiu que no queden provades ni tan sols mitjançant indicis. Val a dir en aquest sentit, que es pot dependre de la documentació aportada que la fundació pot seguir utilitzant l'estadi i les seves instal·lacions, sense que s'hagi argumentat per quina raó aquest ús ha de ser exclusiu. Tampoc no s'ha acreditat que l'estadi estigui essent utilitzat per finalitats no vinculades a l'interès públic.

Per contra, amb la informació aportada es pot deduir que el rescat de l'estadi queda motivat per una millor i més eficient utilització de les instal·lacions, finalitat inicialment vinculada a l'interès públic.

TERCER.- L' article 139.2 de la Llei jurisdiccional disposa la imposició de les costes al recurrent en segona instància quan es desestimi totalment el recurs, llevat que s'apreciïn circumstàncies que justifiquin la no imposició, que no és el cas.

ATESOS els fonaments esmentats,

HEM RESOLT

Primer .- Desestimar el recurs d'apel·lació interposat per la **FUNDACIÓ PRIVADA ESPORTIVA TERRASSA FUTBOL CLUB**, tot confirmant la interlocutòria apel·lada.

Segon.- Imposar els costes processals d'aquest recurs a l'actora, costes que en cap cas superaran el màxim total de 800 euros.

Notifiqueu aquesta resolució a las parts en la forma establerta a Llei i porteu testimoni de la mateixa a les actuacions, tot fent saber que contra aquesta sentència no és possible interposar cap recurs ordinari.

Així ho pronunciem, manem i signem.

PUBLICACIÓ .- El dia d'avui i en audiència pública, l'Il.lm. Sr. Magistrat Ponent ha llegit i publicat la sentència anterior. En dono fe.