



Roj: **STSJ AND 2347/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:2347**

Id Cendoj: **18087330042023100151**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **28/03/2023**

Nº de Recurso: **190/2023**

Nº de Resolución: **626/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVESTRE MARTINEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

### SEDE EN GRANADA

### SECCION CUARTA

### RECURSO DE APELACION NÚM. 190/2023

### SENTENCIA NÚM. 626 DE 2023

Ilma. Sra. Presidenta:

D<sup>a</sup>. Beatriz Galindo Sacristán

Ilms. Srs. Magistrados:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estévez Goytre

Granada, a veintiocho de marzo de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número **190/2023**, dimanante de la Pieza de Medidas Cautelares 508. 1/2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Granada, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes de Felipe Jiménez-Casquet, en representación de D. Lázaro ; y como parte apelada el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE GRANADA**, defendido por el Letrado de sus servicios jurídicos D. Roberto Rojas Guerrero.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de los de Granada se dictó Auto de fecha 5 de diciembre de 2022, denegando medida cautelar de suspensión de la Resolución del Concejal delegado de Área de **Urbanismo** y Obra Pública del Excmo. Ayuntamiento de Granada, de fecha 18 de julio de 2022, sobre demolición de construcciones en parcela NUM000 , polígono NUM001 de Granada.

**SEGUNDO.**- Contra el anterior Auto se interpuso por el actor recurso de apelación, en fecha 23 de diciembre de 2022, solicitando revocar el Auto y que se dictara otro por el que se acuerde adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución solicitada.

Al recurso de apelación se opuso la representación procesal del Ayuntamiento de Granada, en escrito de fecha 2 de febrero de 2023.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de apelación el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Granada, número 328/2022, de fecha 5 de diciembre, que en la solicitud de medida cautelar suspensiva del acto administrativo impugnado solicitado, acordó:

*" DESESTIMAR la medida cautelar solicitada por la Procuradora Dña. Mercedes de Felipe Jiménez Casquet, en nombre y representación de D. Lázaro , consistente en la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, descrito en el fundamento de derecho primero de esta resolución, sin imponer las costas procesales."*

El acto administrativo cuya suspensión fue denegada es la Resolución del Concejal Delegado del Área de **Urbanismo** y Obra Pública del Excmo. Ayuntamiento de Granada, de fecha 18 de julio de 2022, que resolvió procedimiento de restauración urbanística incoado contra el actor y contra la mercantil HIERBABUENA Y ROMERO S.L., por haber realizado, sin licencia y con el carácter de actuaciones incompatibles con la ordenación urbanística, en la parcela NUM000 , del polígono NUM001 de Granada, que originariamente contaba con una superficie de 2.504 m2, una división de la misma en dos subparcelas. En la parcela situada al oeste se construyó: almacenes de 26,53 m2, porche de 19,21 m2, vivienda de 69,48 m2, toldo o pérgola de 13,33 m2 y transformación de suelo de 245,24 m2. Y en la parcela situada al este se ha ejecutado: almacenes de 39,65 m2 y transformación de suelo de 490,06 m2.

La restauración dispuesta en la resolución consiste en la demolición de lo ejecutado ilegalmente y la restitución del terreno a la situación anterior, así como en la agrupación parcelaria hasta conseguir la situación prevista en los planes catastrales de rústica a la entrada en vigor del PGOU.

En el segundo dispositivo de la resolución impugnada y cuya suspensión se solicita se establecieron las medidas a cumplir para la demolición, y que se ordena llevar a cabo en el plazo de dos meses, con la advertencia de multas coercitivas, y de ejecución forzosa de la demolición ordenada.

**SEGUNDO.-** *Motivos de las partes en el recurso de apelación.*

1. El actor impugna el Auto del Juzgado *a quo* porque no se ha tenido en cuenta el "*periculum in mora*", esto es que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, pues la finalidad del mismo es precisamente evitar la demolición, y que si no se concede la suspensión cautelar y se lleva a cabo la demolición el recurso perdería su finalidad legítima. Ello, aunque no sea la residencia habitual del recurrente y que no se desarrolle en ella alguna actividad económica, pues una vez que se demuelan las edificaciones, el daño será irreversible, que es el concepto de la pérdida de la finalidad legítima al recurso el previsto para la adopción de medidas cautelares.

El apelante también manifiesta que la vivienda sí es el domicilio habitual de su hijo Romeo , acompañando reportaje fotográfico de la vivienda, así como facturas acreditativas de los pagos de suministro eléctrico y agua potable, que acreditan que la vivienda se encuentra ocupada, y ortofotos desde el año 1985 que acreditan la existencia en dichas fechas de la vivienda.

Sostiene que en el Auto no se ha tenido en cuenta que la vivienda fue realizada en fechas muy anteriores a la entrada en vigor del Plan Especial de la Vega de 1992, en concreto en el 1982/1983, y la piscina y las construcciones adosadas para guarda de aperos de labranza adosada a la vivienda se realizaron en el 2005, de donde resulta el tenue interés respecto a la exigencia de ejecución de restitución. Señala que en el expediente NUM002 intentó la declaración de la vivienda como asimilada a fuera de ordenación, pero por Decreto municipal de fecha 05.06.2017 se declaró la caducidad del expediente, sin más actuación del Ayuntamiento hasta que por Decreto de 18.11.2021 se inició procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Alega que en el Auto no se ha considerado que el mantenimiento de las edificaciones durante la pendencia del recurso no causa un perjuicio irreparable al interés general, que por el contrario sí se vería afectado el interés del Ayuntamiento, en su vertiente económica, si se estimara el recurso y la Administración tuviera que sufragar la nueva construcción. Finalmente invoca el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE) del que forman parte las medidas cautelares.

2. El Ayuntamiento de Granada se opone al recurso de apelación, porque el propio actor reconoce en su escrito del recurso de apelación que no es vivienda habitual, y porque reconoce que el suelo en el que se han llevado a cabo las obras es de especial protección.

Alega que ante solicitudes de suspensión de órdenes de reposición en suelos no urbanizables especialmente protegidos es unánime la jurisprudencia que establece con carácter general su denegación, por primar el interés público derivado de la ejecución del planeamiento especial y de la protección de los valores que se trata de conservar.



**TERCERO.-** Debemos comenzar citando la doctrina establecida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares, que se encuentra desarrollada de modo importante en la sentencia de 14 de marzo de 2006 (recurso 10373/2003), que según el Alto Tribunal se caracteriza por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado ( artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales ( arts. 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que "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".

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero".

4ª. Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto"; expresión que reitera en el artículo 130.2 " *in fine*", al exigir también una ponderación "en forma circunstanciada" de los citados intereses generales o de tercero.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "númerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del nº 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "las medidas que sean adecuadas" para evitar o paliar "los perjuicios de cualquier naturaleza" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho" (133.3)."

**CUARTO.-** Debemos comenzar por la consideración de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo y que en palabras del Auto del Tribunal Supremo de fecha 14 de septiembre de 2017 (recurso 543/2017), nos dice al respecto en el Fundamento de Derecho quinto:

" Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

*Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956, cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990. Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo*



recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".

La segunda cuestión que debemos tener en cuenta es que la adopción de medidas cautelares ha de considerarse caso por caso, no pudiendo establecer para todos los casos un mismo criterio, con independencia de la aplicación de los principios jurídicos que como hemos visto siempre han de ser el cauce en el que ha de desarrollarse la decisión jurisdiccional que se adopte.

El primer criterio que debe tenerse en cuenta es el del *periculum in mora*, o sea, que el peligro de que demora en obtener la sentencia definitiva la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. El Auto apelado, con importante motivación, sostiene que la jurisprudencia más reciente ha señalado que no procede la concesión de medidas cautelares respecto de resoluciones administrativas que ordenen la demolición, toda vez que los perjuicios que se podrían ocasionar a la parte recurrente serían de naturaleza económica, criterio que solamente cede cuando se trate de vivienda habitual o se desarrolle en la edificación una actividad profesional. Pero a nuestro juicio estos criterios no se encuentran acorde con la necesidad de la consideración de caso por caso que en la tutela cautelar ha de hacerse. En primer lugar, porque el criterio de que todo es indemnizable no puede servir para la resolución de la medida cautelar en todo caso, pues en ese caso hasta la vivienda habitual lo sería. Nos inclinamos más bien por tener en cuenta que el daño sea irreversible, como estableció la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 2002 (recurso 3322/2000), que dijo:

*"Y, hemos añadido, (sin perjuicio de otras matizaciones), que ha de entenderse que pierde su finalidad legítima el recurso, si de ejecutarse el acto se creasen situaciones irreversibles haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad. Se trata en definitiva de preservar lo que se ha denominado " el efecto útil " de la sentencia."*

En la sentencia del mismo Tribunal Supremo, de fecha 22 de mayo de 2007 (recurso 10708/2004), también se utiliza este concepto de la siguiente manera:

*"El Tribunal a quo no declara que exista urgencia en construir el vial tal y como está diseñado en las determinaciones del planeamiento impugnado, mientras que, de llevarse a cabo la destrucción del edificio a pesar de llegarse a la conclusión jurisdiccional definitiva de que procede su conservación, la situación, como afirma la representación procesal del recurrente, resultaría irreversible, por lo que el recurso contencioso-administrativo habría perdido su legítima finalidad, lo que conlleva la estimación del motivo de casación alegado, de acuerdo con la doctrina de esta Sala, recogida, entre otras, en Sentencias de fechas 12 de febrero , 16 de marzo y 25 de mayo de 2004 ( recursos de casación 2155 , 2267 y 3449 de 2002 ) y 5 de octubre de 2005 (recurso de casación 2754/2003 )."*

Pues bien, el *periculum in mora* ha de conciliarse con una ponderación de los intereses contrapuestos en el proceso para encontrar una solución, pues hay una obligación de denegar la medida cautelar cuando exista un grave perjuicio para los intereses públicos o de tercero.

**QUINTO.-** Sobre los anteriores parámetros debemos resolver el recurso de apelación, y teniendo en cuenta la documentación aportada, podemos partir de que la demolición sí supone para los intereses del actor una pérdida de la finalidad legítima del recurso interpuesto, pues no solo se trata de la pérdida de la edificación de la vivienda, almacén, piscina y otras edificaciones anexas, sino que de las pruebas documentales aportadas (reportaje fotográfico, facturas de pago de servicios públicos de electricidad y agua, ortofotos acreditativas de tratarse de una edificación realizada hace varios años) acreditan que la demolición de las edificaciones producen una pérdida irreversible. Con mayor razón cuando en la resolución objeto del recurso, se hace constar que la edificación incumple no solo el PGOU de Granada y Plan Especial de la Vega, sino también el POTAUG de 2002, que es un planeamiento de ordenación territorial cuya aplicación corresponde a la Administración Autonómica, de manera que una sentencia favorable al actor y que permitiera, en el caso de demolición consumada, la construcción de lo demolido ya no podría realizarse, por impedimento de planeamiento territorial.

El actor también alega, con las pruebas presentadas, que la vivienda es residencia habitual de su hijo Romeo , sin que el Ayuntamiento haya refutado tal circunstancia, ni resulte lo contrario de la documentación aportada. Además de lo anterior, otra circunstancia a tener en cuenta, es el debate procesal que en el proceso existe de la antigüedad de la vivienda, es decir, que no se trata de un restablecimiento de legalidad detectado en el proceso constructivo, sino que incluso ha sido objeto de calificación de vivienda AFO, circunstancias que no permiten apreciar algún tipo de urgencia desde el interés público.

Frente a estos intereses del recurrente, vemos que existe un interés público en la aplicación del Plan Especial y de la protección de un suelo no urbanizable de especial protección agrícola, subcategoría protección de



huertos familiares. Pero, no ha existido una motivación por parte del Ayuntamiento, ni en el Auto, de por qué el interés público no puede esperar a la finalización del proceso judicial para que una vez determinada la legalidad de la resolución realizar la ejecución subsidiaria. Solo se han realizado alegaciones genéricas sobre la ejecución de los actos administrativos, que no puede prevalecer frente a los perjuicios concretos e irreversibles de la parte actora, por lo que debe prosperar la adopción de la medida cautelar.

**SEXTO.-** Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas. En cuanto a costas no procede su imposición al estimarse el recurso de apelación.

## FALLO

1. Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes de Felipe Jiménez-Casquet, en representación de **D. Lázaro**, contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Granada, número 328/2022, de fecha 5 de diciembre, que se revoca y queda sin efecto. Sin costas.

2. Que debemos estimar la adopción de la medida cautelar suspensiva de la **Resolución de fecha 18 de julio de 2022**, dictado por el Concejal Delegado de **Urbanismo** y Obra Pública, dictado en expediente NUM003 de protección de la legalidad urbanística, en parcela NUM000, del polígono NUM001 de Granada. Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024019023, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5<sup>o</sup> de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia, se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.