



Roj: **STSJ AND 15304/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:15304**

Id Cendoj: **41091330022023101090**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **13/11/2023**

Nº de Recurso: **711/2023**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE SANTOS GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SEVILLA**

#### **SENTENCIA**

ILMOS. SRES Y SRA:

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

D. PEDRO M. RODRIGUEZ ROSALES

D<sup>a</sup>. MARTA ROSA LÓPEZ VELASCO

Sevilla a trece de noviembre de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, formada por los magistrados que arriba se expresan, ha visto **EN NOMBRE DEL REY** el recurso de apelación nº. **711/2023**, interpuesto contra el auto de 10 de febrero de 2023, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, en la pieza separada 389. 1/2022, siendo parte apelante la **Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa**, representada y asistida por la Letrada Sra. Gil Varela; y como parte apelada, la **Gerencia de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Sevilla**, representada y asistida por el Sr. Letrado de sus servicios jurídicos. Ha sido ponente el magistrado Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez, quién expresa el parecer de la Sección Segunda.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 10 de febrero de 2023, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, dictó auto en la pieza de medidas cautelares, correspondiente a los autos nº. 389.1/2020, en los que se interpuso recurso contencioso administrativo contra la denegación presunta de la certificación de acto presunto sobre alzamiento de la suspensión de obras, impugnada en alzada y contra incumplimiento de la obligación de resolver el recurso de alzada.

Se solicitaba la adopción de la medida cautelar de reconocimiento de la autorización para reanudar las obras, siquiera en lo relativo a la estructura de bloques de hormigón y para que se requiera al Ayuntamiento para que cese en la actividad coactiva descrita y acreditada. El auto mencionado deniega la medida cautelar solicitada.

**SEGUNDO.-** Contra la resolución indicada, se presentó en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de Asociación Nacional de Compradores y Usuarios de Viviendas del Ministerio de Defensa, habiendo las partes expuesto sus alegaciones, que quedan unidas.

**TERCERO.-** No se ha abierto fase probatoria en esta instancia.



**CUARTO.-** Señalado día para votación y fallo, tuvo éste lugar con arreglo a lo que a continuación se expresa.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se fundamenta esencialmente el recurso de apelación en incongruencia entre lo resuelto y lo solicitado, con vulneración de lo dispuesto en el art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación al Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución.

Sostiene la aplicación, sensu contrario, de los fundamentos señalados en el auto sobre la legalidad y oportunidad de la concesión de las medidas cautelares.

Por la dirección jurídica de la parte apelada se solicita la desestimación del recurso de apelación y después de recoger lo suplicado por la parte actora en la pieza de separada considera la inexistencia de incongruencia.

Por lo demás señala que frente a una paralización de obras por falta de licencia, acto negativo, no puede pretenderse la suspensión por silencio, ni mucho menos que el Juzgado le reconozca autorización para ejecutar las obras que ni siquiera ha solicitado ante la Administración, debido a que se permitiría continuar con la ejecución de unas obras, sin proyecto, sin la preceptiva licencia y sin dirección técnica.

**SEGUNDO.-** Es doctrina constitucional, que la tutela judicial efectiva, reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas, para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso, para evitar daños irremediables, de modo que la fiscalización plena de la actuación administrativa, impuesta por el art. 106.1 de la Constitución, comporta que el control judicial, se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos ( STC 238/1992). Queda así claro, que la ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del art. 24 de la CE, ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial, puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final causando una real indefensión. El derecho a la tutela judicial, indica la sentencia 66/1984, se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.

El Tribunal Supremo contempla el régimen jurídico de las medidas cautelares, en sentencia de 7 de noviembre de 2007 (RJ2008/1421), en la que expresa: "Vistos los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder a los motivos de casación planteados, debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso-Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado ( artículo 78 LJCA), 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 ( artículos 129.2 y 134.2 LJCA).

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. 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 por que, 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 ( RCL 1978, 2836) , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. 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.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LJCA ( RCL 1998, 1741) 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.

7ª. 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".

8ª. 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 núm. 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).

9ª. 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).

**TERCERO.-** Respecto a la alegación de incongruencia cabe destacar la sentencia de 11 de mayo de 2006 del Tribunal Supremo que resume la doctrina sobre la incongruencia al expresar: " Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda ( SSTS 15 de febrero EDJ 2003/9248 , 9 de junio EDJ 2003/35208 , 10 de diciembre de 2003 EDJ 2003/187184 y 15 de noviembre de 2004 EDJ 2004/197406 , 15 de junio de 2005 EDJ 2005/113719 ), es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso ( sentencias de 13 EDJ 2004/174225 , 21 EDJ 2004/174233 y 27 de octubre de 2004 EDJ 2004/159864 , 20 de septiembre de 2005 EDJ 2005/149524 y 4 de octubre de 2005 EDJ 2005/171800 ); o sobre cuestiones diferentes a las planteadas incongruencia mixta o por desviación (así entre otras 4 de abril de 2002, 17 de julio EDJ 2003/80747 y 21 de octubre de 2003 EDJ 2003/147064 , 15 de junio de 2005) ".

El Tribunal Supremo en sentencia de 28 de junio de 2012 (recurso de casación 4920/2010) remite a la doctrina del mismo Tribunal Supremo dictada en sentencia de 13 de enero de 2012 (recurso de casación 375/2008) en la que se establece las clases de incongruencia : "Dentro del catálogo general de la incongruencia citra petita partium (menos de lo pedido por las partes) o incongruencia omisiva, ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes) incongruencia positiva o por exceso, o incongruencia extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes) incongruencia mixta o por desviación ".

No cabe hablar de ningún tipo de incongruencia con arreglo a la doctrina expuesta, respecto del auto impugnado, pues el mismo resuelve sobre las medidas cautelares solicitadas y tanto es así que el auto apelado entiende, con acierto, que no se estima la pérdida de finalidad del recurso, puesto que la medida no está destinada al mantenimiento del "statu quo" sino que tiende a la modificación, pues el otorgamiento conllevaría el surgimiento de una situación jurídica inexistente. Efectivamente la referida consideración se corresponde con la solicitud de una medida cautelar específica respecto a la autorización de obras relativas a la estructura de bloques de hormigón.

**CUARTO.-** Por lo que se refiere a los actos de contenido negativo interesa destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016 (recurso 582/2015), en la que expresa lo siguiente: " Ha de compartirse con la recurrente que el criterio actual de la jurisprudencia de esta Sala no se identifica con la imposibilidad general de suspender un acto administrativo de contenido negativo. Por el contrario, aunque la doctrina al respecto puede considerarse fluctuante, un análisis conjunto de los últimos pronunciamientos de la Sala (Cfr. STS de 18 de diciembre de 2012 , rec. de cas. 2392/2012) nos lleva a considerar que es el examen individualizado de cada caso el que ha de justificar la procedencia o no de la suspensión. En definitiva, es la naturaleza propia y particularizada de la materia relativa a las medidas cautelares la que impregna las decisiones del Tribunal sobre los actos de contenido negativo ".

En el supuesto que se enjuicia debe considerarse que el prístino acto impugnado en la pieza principal de contenido negativo, pues se trata de la paralización de obras por carecer de licencia urbanística. Ahora



bien, en consonancia con lo anteriormente expuesto respecto de la congruencia del auto impugnado y de la consideración del mismo respecto a que la medida cautelar supone una modificación de la situación suspendida; debe indicarse que las medidas cautelares solicitadas que pueden calificarse de positivas no resisten la apariencia de legalidad, en la medida en que al ser consecuencia de un acto de contenido negativo, en el que ha incidido una situación de silencio administrativo, es evidente, que no pueden obtenerse por silencio facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, como ocurre en el supuesto presente en el que se realizaron obras sin licencia urbanística. Prima facie y sin perjuicio de la sentencia que se dicte sobre el fondo, lo antedicho se desprende de lo dispuesto en el art. 11 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 20 de octubre, en lo que a normativa estatal se refiere y en los art. 138 y 140 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre.

A mayor abundamiento, ha de coincidir con el auto apelado, en la falta de cobertura probatoria respecto a la necesidad de las obras cautelares ayunas de informe o proyecto técnico de las mismas.

Por lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso de apelación.

**QUINTO.**-Procede conforme al art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción la imposición de las costas a la parte apelante, si bien, por todos los conceptos no podrá reclamarse mayor cantidad de 600 euros.

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

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de febrero de 2023, dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 8 de Sevilla, en la pieza separada 389. 1/2022. Procede la imposición de costas a la parte apelante en los términos expresados. Hágase saber a las partes que contra esta sentencia puede haber recurso de casación a preparar ante esta Sala, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si se cumpliesen los requisitos de los art. 86 y siguientes.

Con certificación de esta sentencia, devuélvase el expediente al lugar de procedencia.

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