



Roj: **STSJ AND 9380/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:9380**

Id Cendoj: **29067330012023100488**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2023**

Nº de Recurso: **205/2023**

Nº de Resolución: **1697/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARLOS GARCIA DE LA ROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320220002026.

Procedimiento: Recurso de Apelación 205/2023.

De: Bruno

Procurador/a: ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO

Letrado/a: TINTA_NOMABOGADO

Contra: GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DE MÁLAGA (GMU)

Procurador/a: TINTP_NOMPROCURADORCONT

Letrado/a: S.J. GERENCIA MUNIC. URBANISMO MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 1697/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERES GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga, a veintidós de junio de dos mil veintitrés.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 205/23, interpuesto en nombre de Bruno representada por el Procurador D^a. Ana Cristina de los Ríos Santiago, contra el auto 231/22, de 5 de diciembre, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga en el seno de la pieza de medidas cautelares num. 262. 1/22, en la que comparece como apelado la GERENCIA MUNICIPAL DE URBANISMO DEL AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representado y asistido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo reseñado en el encabezamiento dictó auto num. 231/22, de 5 de diciembre, en cuya parte dispositiva acordó no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución administrativa del GMU de Ayuntamiento de Málaga de fecha 15 de octubre de 2021, confirmada en reposición en fecha 25 de mayo de 2022 por la que se ordena a la recurrente la restauración de la realidad física alterada, con ocasión de la instalación de pérgola bioclimática en terraza de cubierta de vivienda sita en CALLE000 , num. NUM000 , de Málaga.

SEGUNDO .- Por medio de escrito de fecha 13 de enero de 2023 se interpuso recurso de apelación contra dicho auto, formulándose los motivos de impugnación frente al mismo y solicitando su revocación y la adopción de la medida de suspensión de la resolución impugnada.

TERCERO .- Luego que se tuvo por presentado el recurso se acordó su traslado a la apelada, que se opuso a la estimación del recurso de apelación planteado.

CUARTO .- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones de los artículos 80.3 y 85 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La resolución recurrida acuerda no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de la resolución administrativa del GMU de Ayuntamiento de Málaga de fecha 15 de octubre de 2021, confirmada en reposición en fecha 25 de mayo de 2022 por la que se ordena a la recurrente la restauración de la realidad física alterada mediante la restitución de la situación jurídica previa a inicio de las obras consistentes en la instalación de pérgolas muebles en terraza superior, no se entiende justificada la adopción de la medida cautelar solicitada pues no se alega un perjuicio ostensible para la recurrente al tratarse de una instalación mueble de fácil retirada.

El recurso de apelación se funda en contradecir el criterio del auto apelado e insistir en que deben tenerse en cuenta que la instalación cuya remoción se impone no agota edificabilidad, no genera riesgos ni compromete intereses públicos o de terceros, además debe tenerse en cuenta la condición de vivienda de la construcción de autos.

La Administración se opone a la estimación del recurso, en base a los propios argumentos vertidos por el órgano de instancia, e insiste en considerar que no se han alegado perjuicios de difícil reposición, y en la inviabilidad jurídica de la suspensión de la declaración de ineficacia de una declaración responsable.

SEGUNDO.- En cuanto a la presencia de los requisitos que para la adopción de una medida cautelar en el seno del procedimiento contencioso administrativo exige el artículo 130 de LJCA y sus concordantes, Tal y como se ha expuesto por el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 14 de octubre de 2005, o en la de 13 de mayo del mismo año, 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 LJCA); 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 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. 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 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).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contra cautelas, 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).

En lo que se refiere al *fumus boni iuris*, vistas las amplias consideraciones de la recurrente en torno a la legalidad del modo de proceder la Administración, conviene hacer referencia a la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo (AATS de 19 de Mayo y 12 de Noviembre de 1998 y STS de 10 de Julio de 1998), según la cual la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión.

Este elemento, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, exige su prudente aplicación y significa que sólo cabe considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (STS Sala 3ª de 26 de Septiembre y 25 de Julio de 2006).

Como viene anticipado el elemento sustancial sobre el que descansa la tutela cautelar en la regulación contenida en los artículo 129 y concordantes de LJCA es la existencia de un riesgo cierto de pérdida de la finalidad legítima del recurso, que puede entenderse concurre para el caso de que la ejecución del acto administrativo impugnado apareje para el recurrente un perjuicio de imposible o muy difícil reparación, solo para este supuesto puede entenderse vencido el principio general de ejecutividad de los actos administrativos que consagran los artículos 38 y 39 de la LPAC.

Aquí se interesa la suspensión de la ejecución de la resolución de fecha 15 de octubre de 2021, confirmada en reposición en fecha 25 de mayo de 2022 en la medida que en la misma se ordena a la recurrente la restauración de la realidad física alterada mediante la restitución de la situación jurídica previa a inicio de las obras consistentes en la instalación de pérgolas muebles en terraza superior.

La resolución apelada deniega la solicitud de tutela cautelar, puesto que el perjuicio invocado no viene justificado con suficiencia, ni se deduce que genere el riesgo de pérdida de finalidad legítima del recurso.

Es por lo tanto preceptivo valorar si concurren los presupuestos de la suspensión del acto administrativo, para lo cual debemos examinar la concurrencia de un perjuicio ostensible para la recurrente en caso de ejecución inmediata del acuerdo impugnado.

Tras la reforma operada por la Ley 13/1998 reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa, se consagran dos regímenes diferenciados de tutela cautelar, el que podríamos denominar general que descansa en la apreciación de un peligro en la mora procesal que en términos del artículo 130 LJCA pueda hacer perder al recurso su finalidad legítima para el caso de ejecución del acto administrativo impugnado, y un régimen especial, privilegiado si se quiere, que regula el artículo 136 de LJCA en los casos en los que el recurso se dirige frente a la inactividad de la administración o frente a actividad constitutiva de vía de hecho, en estos casos lo relevante es enfatizar la naturaleza del objeto de la impugnación, su inclusión en la casuística descrita en los arts. 29 y 30 de LJCA, de modo que cuando se evidencia que no estamos ante ninguno de estos supuestos procede la denegación de la cautela solicitada.

En síntesis, el régimen general de tutela cautelar hace especial hincapié en la verificación del requisito del *periculum in mora*, mientras que el régimen especial parece otorgar prioridad a una indiciaria acreditación de la irregular actuación administrativa, esto es, exige la concurrencia del requisito del *fumus boni iuris* como premisa para la adopción de la medida cautelar.



TERCERO.- Siguiendo estos postulados, que son los que resultan de la actualmente vigente regulación de las medidas cautelares y de la más reciente jurisprudencia que la interpreta, lo que aquí interesa para acceder a la cautela interesada por aplicación del régimen general antes expuesto es la verificación de tres requisitos relacionados a su vez con la exigencia más amplia del riesgo de mora procesal, a saber, 1) la producción de un perjuicio al recurrente consecuencia de la ejecución del acto administrativo impugnado. 2) Que este perjuicio sea irreparable o de muy difícil reparación, única situación en la que se compromete la virtualidad del recurso. 3) Que la suspensión del acto administrativo no produzca perturbación grave a los intereses generales o de terceros.

Como insiste en considerar la jurisprudencia el criterio del *fumus boni iuris* tiene en nuestra jurisdicción una aplicación muy limitada, para así garantizar la eficacia del principio de autotutela administrativa, de manera que su invocación queda reservada a supuestos restringidos en los que la nulidad del acto quede evidenciada de forma palmaria, en otro caso el examen de este presupuesto implicaría un juicio sobre el fondo del recurso que nos está vedado con ocasión del examen de la resolución que ultima la pieza de medidas cautelares.

Pues bien, el peligro de pérdida de la finalidad legítima del recurso no se ha justificado puesto que la recurrente insiste en el que las pérgolas son muebles y su instalación y desinstalación es sencilla sin necesidad de ejecutar obras. En esta tesitura la presunción de legalidad del acto administrativo exige conservar su ejecutividad de la resolución impugnada al no resultar comprometido de manera irreversible o difícilmente recuperable el interés del recurrente.

Se desestima el recurso de apelación.

CUARTO.- Conforme al artículo 139.2 Ley 29/1998, la desestimación del recurso de apelación interpuesto determina la imposición de las costas de esta instancia a cargo de la recurrente, hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos (art. 139.4 de LJCA).

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D^a. Ana Cristina de los Ríos Santiago, en nombre y representación de Bruno contra el auto de fecha 5 de diciembre de 2022 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Málaga, que se confirma, con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación y notifíquese a las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde la notificación de esta resolución en los términos previstos en el art. 89 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Firme que sea remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia para su ejecución.

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

PUBLICACIÓN .- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-