



Roj: **STSJ AND 12070/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:12070**

Id Cendoj: **41091330022024100786**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **04/07/2024**

Nº de Recurso: **466/2024**

Nº de Resolución: **814/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **PEDRO MARCELINO RODRIGUEZ ROSALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEVILLA**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso de apelación 466/2024

Pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario 163/2024 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Algeciras

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

José Santos Gómez

Pedro Marcelino Rodríguez Rosales

Marta Rosa López Velasco

Sevilla, 4 de julio de 2024.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, constituida para el examen de este caso, ha visto EN NOMBRE DEL REY el presente recurso de apelación, interpuesto por Apartahotel Punta Carnero, SL, representada por la procuradora Mónica Calleja López, contra el auto 221/2024, dictado el 6 de mayo de 2024 en el procedimiento referenciado, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Algeciras, representado por el abogado Alejandro Vega Sánchez. Ha sido ponente el magistrado Pedro Marcelino Rodríguez Rosales, quien expresa el parecer de la Sala.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-El auto apelado contiene la siguiente parte dispositiva:

1º. Se acuerda desestimar la medida cautelar solicitada por la parte demandante, descrita en el hecho segundo de esta resolución, en relación a la actuación administrativa a que se refiere el hecho primero de este auto.

2º. No se imponen las costas a ninguna de las partes en este incidente cautelar.

**SEGUNDO.**-Apartahotel Punta Carnero, SL, interpuso recurso de apelación contra dicho auto, que el Ayuntamiento de Algeciras ha impugnado.

**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.**-El escrito de apelación considera que el auto impugnado incurre en incongruencia omisiva al no apreciar el *periculum in mora* que justificaría la medida cautelar reclamada.

Hemos de señalar que ese defecto no consiste en no admitir una pretensión, sino en no analizar los motivos en que se basa cuando es necesario para desestimarla. El auto apelado no lo comete porque responde a esa cuestión con estos argumentos:

*Pese a no realizar alegación alguna sobre el fondo del asunto y la posible estimación de su recurso, basa su solicitud de medida cautelar en los perjuicios económicos que la medida le puede causar, por cuanto tiene contratados multitud de eventos para la temporada de verano (el local abre de abril a octubre), con seis trabajadores en nómina.*

*Sin embargo, la medida se refiere únicamente a una pequeña parte del local, singularmente el anterior aparcamiento, hoy piscina. Por lo tanto, los eventos contratados pueden ser realizados. Si se examina la página web del restaurante, puede comprobarse que para las comidas y eventos se publicitan los locales interiores, teniendo la piscina un régimen particular (se puede pagar una entrada y disfrutar de la misma). Por lo tanto, el cumplimiento del acto administrativo no va a provocar per se la anulación de todos los eventos contratados, que podrán continuar ejecutándose.*

Por tanto la incongruencia omisiva no existe. La jueza a quo entiende, y nosotros compartimos sus razones, que el Ayuntamiento de Algeciras no ha ordenado la paralización completa de la actividad que se desarrolla en el establecimiento Puro Estrecho y por tanto el perjuicio económico no es absoluto ni desde luego irreparable. El servicio de restaurante y puesto de comidas, el permitido y para el que se ha contratado a los trabajadores a partir del primero de abril, puede seguir prestándose sin ningún obstáculo. Apartahotel Punta Carnero no debió comprometerse a celebrar bodas o primeras comuniones ofreciendo instalaciones no permitidas, menos aún contraviniendo una prohibición expresa, por lo que no puede achacar al ayuntamiento las pérdidas que pudieren derivarse del acuerdo impugnado.

Frente a esto, añadimos, sí se causaría un daño injustificado a los vecinos de consentirse la continuación de un uso prohibido, incluso tras el proceso de legalización que promovió la actora, del que se derivan perjuicios por ruido según las denuncias que recoge la Policía Local, que hay que tener en cuenta según el artículo 130 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa al tratarse de una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

No cabe hablar de situación tolerada, como se afirma en la apelación, cuando constan varios procedimientos incoados a raíz de la ejecución de obras sin licencia y las molestias ocasionadas, con una orden expresa de clausura de las instalaciones ilegales: la piscina (factor de riesgo no controlado), una caseta prefabricada de dos plantas y un pequeño local.

**SEGUNDO.**-El *fumus boni iuris* apariencia de buen derecho tiene una aplicación muy limitada en materia de medidas cautelares porque implicaría pronunciarse anticipadamente sobre las cuestiones de fondo suscitadas en el proceso. Queda por ello restringida a los casos de actos nulos de pleno derecho, dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, anulación del acto precedente o existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia que la Administración no aplica, en ninguno de los cuales encaja el que nos ocupa.

La apelante menciona la falta de competencia de la teniente delegada de Medio (sin más precisiones) para dictar el acto impugnado, pero quien lo hace es la Gerencia Municipal de **Urbanismo**.

**TERCERO.**-La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de costas a la apelante, limitadas a 500 euros más lo que resultare por IVA ( artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

1º) Desestimamos el recurso de apelación de Apartahotel Punta Carnero, SL, y confirmamos íntegramente el auto apelado.

2º) Imponemos las costas de esta apelación a Apartahotel Punta Carnero, SL, con el límite del fundamento de derecho último.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella puede haber recurso de casación a interponer ante esta Sala, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si concudiesen los requisitos de los art. 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.



Firme esta, con certificación de la misma para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo a su órgano de procedencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ