



Roj: **STSJ AND 19471/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:19471**

Id Cendoj: **29067330032024100798**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **3**

Fecha: **05/12/2024**

Nº de Recurso: **634/2024**

Nº de Resolución: **3056/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES**

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.:290674532024000637. Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de Málaga
Asunto origen: PMC 79/2024

Procedimiento: Recurso de Apelación 634/2024.

De: ALMAGRO QUERIDO SLU

Procurador/a:MARIA DEL CARMEN MARTINEZ TORRES

Contra: AYUNTAMIENTO DE TORREMOLINOS

Letrado/a: S.J.AYUNT. TORREMOLINOS

SENTENCIA NÚM.3056 DE 2024

Ilma. Sra. Presidenta:

D.ª CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL.

Ilma. Sra. e Ilmo. Sr. Magistrado/a:

D.ª MARÍA DE LAS MERCEDES DELGADO LÓPEZ.

D. MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.

En la ciudad de Málaga, a cinco de diciembre de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sección funcional 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **rollo de apelación número 634/2024**, dimanante de la pieza de medidas cautelares n.º 79.1/2024 procedente de los autos de procedimiento ordinario n.º 79/2024, seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, siendo parte apelante, la mercantil **ALMAGRO QUERIDO, S.L.U.**, representada por la procuradora de los tribunales doña María del Carmen Martínez Torres y asistida por el letrado don Antonio Jesús Molina Montero, y parte apelada, el **AYUNTAMIENTO DE TORREMOLINOS**, representado y asistido por el letrado municipal don Juan Manuel Palma Suárez.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó el auto núm. 89/2024, de 5 de abril, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

SEGUNDO.-Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO.-Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon conclusas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.-Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.-En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación el auto núm. 89/2024, de 5 de abril, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, por el que se desestimó la medida cautelar solicitada por la mercantil recurrente, Almagro Querido, ahora apelante, de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado consistente en el decreto 2024-0605, de fecha 17 de enero de 2024, dictado por el Concejal Delegado de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Torremolinos referente al expediente 17891/2023 y procedimiento IFT/198/22-3, por el que se acuerda ordenar «la restitución de todas las instalaciones no amparadas por licencia, sitas en C/ Antonio Márquez Muñoz n.º 2 (antes Balu) de Torremolinos, realizada sin contar con autorización municipal, reponiendo la realidad física a su estado anterior, restituyendo todos los actos incompatibles con el vigente PGOU, concediendo al interesado un plazo de DOS MESES para que realice la demolición/reposición voluntariamente bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria», y todo ello con apercibimiento de poder imponer multas coercitivas.

SEGUNDO.-La *ratio decidendi* del auto apelado desestimatorio de la medida cautelar se contiene en el fundamento segundo que por su concisión pasamos a reproducir:

«Expuesto las posiciones de las partes, puesto que de atender el efecto útil de la sentencia que puede llegar a dictarse, se trata claramente de ejecutar el acto en lo relativo la restitución de la legalidad urbanística, mediante el desmantelamiento de la terraza que ocupa instalaciones del Área Libre Municipal, cuya referencia como patrimonio municipal es 3.V.44, ocupación, que se realizó, según consta en la resolución que es objeto de recurso, sin la preceptiva licencia.

No puede basarse la recurrente en meras conjeturas sobre que el PGOU del Ayuntamiento de Torremolinos se va a modificar respecto de la zona ocupada, y posiblemente le favorezca, si bien, el expediente administrativo se inició por la ausencia de licencia administrativa de ocupación del terreno del área libre, lo que supuso la correspondiente infracción. No siendo el fin del recurso, la modificación o no del PGOU sino la existencia o no de la comisión de infracción administrativa.

En cuanto al periculum in mora el artículo 130.2 señala "la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero". El sistema exige que, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés privado con el general o de tercero.

Así la recurrente realiza mera alegaciones sobre que, invirtió en las instalaciones, y que posee dos hipotecas, si bien n acredita ninguna de dichas afirmaciones, considerando que el interés general prevalece sobre el particular, toda vez que se está ocupando una zona o área libre municipal, que afecta notablemente a dicho interés al privarle del disfrute de dicha área con la ocupación que sin licencia administrativa realizó la recurrente.

Por todo lo expuesto, no cumpliéndose los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar interesada, procede denegar la misma».

TERCERO.-La parte apelante, la mercantil Almagro Querido, fundamenta su recurso frente al auto en diversas alegaciones. Plantea que el auto apelado no se pronuncia sobre la procedencia de suspender el acto impugnado en la zona 1 de titularidad privada, ya que el auto se refiere solo a la zona 3.V.44 atinente al área libre municipal, pero no aborda la franja de terreno de unos 95 m² de titularidad privada que son de terraza descubierta, la cual no está incluida en el Patrimonio Municipal ni en la zona 3.V.44, como así fue declarado por el ayuntamiento en la resolución de 7 de julio de 2020.



Manifiesta que el auto no ha tenido en cuenta los perjuicios que se irrogan a su mandante en el caso de que no se acuerde la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado. Así, aduce que en la pieza de ejecución aportó una nota simple registral que acredita la existencia de las dos hipotecas a las que tiene que hacer frente su patrocinada. Destaca asimismo la inversión que le supuso la adecuación de la segunda zona, de unos 173 m², de titularidad pública -explica cómo en virtud de un autorización "verbal" se le permitió adecuarla y ocuparla para montar mesas y sillas correspondientes al negocio de hostelería con sombrillas o carpas-, así como que el local da trabajo a unas doce mujeres que perderían su empleo si se lleva a efecto el decreto municipal, pudiendo llegar el caso de tener que cerrar ya que el pago de ambas hipotecas sería imposible de cumplir. Insiste en el desastre empresarial y social al que se vería abocada su principal sin los ingresos que producen ambas terrazas que constituyen un elemento imprescindible para el desarrollo de su actividad. Por el contrario -continúa-, la adopción de la medida no ocasionaría ningún perjuicio al interés público pues hasta la fecha el negocio de hostelería ha estado funcionando así.

Arguye, de otro lado, que existe «prescripción de los hechos en la zona de unos 95 metros cuadrados de titularidad privada». Termina ofreciendo la caución que se estime procedente.

Sobre la base de lo anterior interesa de la Sala el dictado de una resolución por la que se revoque el auto de instancia, y en su lugar se acuerde la suspensión cautelar solicitada.

CUARTO.-Se opone al recurso de apelación la representación procesal del Ayuntamiento de Torremolinos, que solicita la confirmación del auto impugnado por sus propios y acertados fundamentos. Sostiene que la mercantil apelante se limita a reproducir la mismas alegaciones expuestas en la instancia y no efectúa ninguna argumentación tendente a explicar por qué los razonamientos de la juzgadora son erróneos, que, en todo caso, nos encontramos ante un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística que finaliza mediante una resolución en la que se dispone la demolición de lo ilegalmente construido y ello por cuanto se carecía de licencia, independientemente de si las construcciones se sitúan en parcela privada o pública, y que de adoptarse la medida cautelar habrá de condicionarse la misma a la presentación de garantía, remitiéndose en este extremo a las alegaciones que expuso en su escrito de oposición a la solicitud de medidas cautelares.

QUINTO.-Expuestas las posturas de las partes litigantes, el recurso de apelación, que consideramos sí contiene una crítica suficiente del auto impugnado, prospera.

La Sala acepta y da por reproducida la cita que hace el auto en su fundamento primero a propósito de los arts. 129 y 130 de la LJCA y de la jurisprudencia sobre los presupuestos que deben darse para otorgar medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo.

Sabido es que en sede de medidas cautelares la doctrina de la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* el Tribunal Supremo la restringe a supuestos muy delimitados (como los de nulidad de pleno derecho siempre que sea la manifestación del cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, o en los casos de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, o bien en casos de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz) que no concurren en el presente caso, siendo jurisprudencia reiterada que la nulidad no puede ser tenida en cuenta para acordar la medida cautelar en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo y se vulneraría el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (por todas, STS de 5 de julio de 2021, rec. 2.704/2011, FJ 4.º).

Por tanto, las cuestiones concernientes a si hay una parte de las terrazas del negocio de hostelería que se ubica, según la recurrente, en terrenos de titularidad privada, si la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística estaría afectada de prescripción respecto de la instalación de la terraza en dicha zona, o si la recurrente contaba con una autorización municipal verbal para ocupar con mesas y sillas la zona pública destinada al área libre municipal 3.V.44, no sirven para sustentar la pretensión cautelar y habrán de ser objeto de enjuiciamiento de fondo al resolverse el recurso principal.

De otro lado, la Sala viene reiterando que solo en supuestos excepcionales en que la situación financiera acreditada de la persona o entidad pudiera peligrar con la ejecución del acto u ocasionar otro perjuicio de difícil o imposible reparación, en caso de la estimación del recurso, podría hacerse valer la medida cautelar suspensiva prevenida en el artículo 129 de la LJCA.

En el presente caso resulta incuestionable que la ejecución del acto impugnado por el que se dispone la restitución de todas las instalaciones no amparadas por licencia municipal habría de conllevar el cese de la actividad comercial de hostelería en las terrazas con las que cuenta el local, las cuales se observan en diversas fotografías incorporadas al expediente administrativo, con la consiguiente pérdida de ingresos. Para que el interés particular de la mercantil recurrente hubiera de tener prevalencia sobre el interés general representado



por el cumplimiento de la orden de desmontaje de unas instalaciones no amparadas en licencia o autorización municipal y ubicadas, *prima facie*, en terrenos destinados según el planeamiento general a áreas libres, habría de haber desplegado en la instancia un esfuerzo probatorio a fin de demostrar los concretos perjuicios económicos que para Almagro Querido y las familias que decía tener empleadas pudiera ocasionarles la orden de reposición.

Pues bien, no acierta la juzgadora de instancia cuando afirma en el auto que la recurrente no aportó elemento probatorio alguno a fin de acreditar los supuestos perjuicios económicos que alegaba. A tal efecto la actora, al contrario de lo apreciado en el auto, sí que aportó dos elementos de prueba. Presentó como documento A) del escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo una nota simple registral de la finca de Torremolinos n.º 27.538 inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Málaga a nombre de Almagro Querido, la cual según se mantiene se corresponde con la parcela en la que se ubica el negocio de cafetería-restaurante "New Balú". En esta nota simple dicha finca registral aparece gravada con una primera hipoteca a favor de la entidad Sociedad de Avales y Garantías de Andalucía, para responder de 175.000 euros de principal, más intereses de demora, costas y gastos, y con otra hipoteca, con igualdad de rango que la anterior, a favor de la entidad Unión de Empresarios Murcianos, Sociedad de Garantía Recíproca. Asimismo, como documento E) del escrito de interposición se acompañaron varios documentos, entre los que se encuentra una relación de trabajadores expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social que acredita que en el periodo de liquidación 10/2023-10/2023, el empresario Almagro Querido tuvo dados de alta en la Seguridad Social a un total de veintidós trabajadores.

A juicio de la Sala, la prueba articulada por la recurrente es suficiente para demostrar los perjuicios de imposible o difícil reparación que alega, relacionados con la continuidad de la actividad empresarial y la pérdida de empleos, por lo que de no suspenderse cautelarmente el acto impugnado el recurso podría perder su finalidad legítima. Por el contrario, no detectamos unos graves perjuicios para el interés público de suspenderse la orden de restitución ya que las instalaciones afectadas (compuestas de tarimas de madera a diferentes niveles, carpas, jardineras y otros elementos decorativos, así como instalaciones eléctricas) se sitúan terrenos destinados a áreas libres según el PGOU de Torremolinos, observándose en las fotografías como una parte de la zona ocupada por las terrazas se encuentra con tierra. Por todo ello, es procedente otorgar la medida cautelar denegada por la juzgadora de instancia.

Respecto de la prestación de caución o garantía para responder de los perjuicios que pudieran derivarse de la suspensión debe acudirse a lo dispuesto en el art. 133 de la LJCA, el cual señala que *"cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos"*. Así, y en línea con el ofrecimiento que la propia parte apelante hizo en el escrito de interposición del recurso jurisdiccional, al que se avino el ayuntamiento en su escrito de oposición, procede condicionar la efectividad de la medida cautelar a la prestación de caución por cantidad 34.500 euros, cifra esta en la que la actora valoraba la pérdida por los costes que supuso la instalación de elementos en las terrazas, así como su desmantelamiento.

SEXTO.-Razones, todas las cuales, culminan en la estimación del recurso de apelación y correlativa revocación del auto impugnado al no ser ajustado a derecho, y en su lugar concederemos la medida cautelar de suspensión solicitada en la instancia.

Al estimarse el recurso de apelación no haremos expreso pronunciamiento sobre las costas producidas en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, por lo que cada parte pagará las causadas a su instancia y la mitad de las comunes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil **ALMAGRO QUERIDO, S.L.U.**, contra el auto núm. 89/2024, de 5 de abril, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, del que más arriba se ha hecho expresión, que revocamos por no ser ajustado a derecho, y en su lugar **estimamos** la medida cautelar interesada en la instancia y suspendemos la ejecutividad del decreto 2024-0605, de 17 de enero de 2024, dictado por el Concejal Delegado de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Torremolinos, por el que se acuerda ordenar la restitución de todas las instalaciones no amparadas por licencia, sitas en C/ Antonio Márquez Muñoz n.º 2 (antes Balu) de Torremolinos, definido *ut supra*, quedando condicionada la efectividad de la medida cautelar a que la parte recurrente preste caución por importe de **34.500 euros** que deberá constituir ante el Juzgado *a quo*, una vez sea requerida y se le otorgue plazo para ello, en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida



y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio admitido en derecho que garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, 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, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACION.-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, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.