



SENTENCIA N.º 1785/2018
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO DE APELACIÓN N.º 1491/2017

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ
MAGISTRADOS
D^ª. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR
D^ª SOLEDAD GAMO SERRANO
Sección Funcional 1^ª

En la Ciudad de Málaga a, 17 de septiembre de 2018.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta en su Sección Funcional Primera por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso de apelación n.º 1491/2017, interpuesto por la mercantil CHAPOR S.L representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Jiménez de la Plata , contra el Auto dictado en fecha siete de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo n.º 3 de Málaga, figurando como parte apelada el Ayuntamiento de Málaga, representado y defendido por Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D^ª. Teresa Gómez Pastor, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- En fecha 7 de septiembre de 2017 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Málaga dictó Auto en la pieza separada de medidas cautelares 136.1/2016 por el que vino a denegar la medida de suspensión cautelar de la ejecución del acto administrativo impugnado interesada por la mercantil CHAPOR S.L en el recurso entablado contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga que vino a acordar no haber lugar a la medida cautelar solicitada relativa a la suspensión de la medida cautelar fijada por dicho ayuntamiento que no tramitación del cambio de titularidad de licencia de apertura solicitada por la recurrente hasta la finalización del procedimiento de caducidad de la misma.





Segundo .- Contra la mencionada resolución judicial la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina Jiménez de la Plata, en la representación anteriormente indicada, interpuso en tiempo y forma recurso de apelación en base a las alegaciones que se hacen constar en el escrito de recurso, las cuales se tienen por reproducidas en aras a la brevedad.

Tercero .- El Excmo. Ayuntamiento de Nerja, a través de su representación procesal, formuló oposición al recurso de apelación presentado por la solicitante de la medida cautelar oponiéndose a su estimación por las razones vertidas en el correspondiente escrito, que se tienen igualmente por reproducidas.

Cuarto .- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Constituye el objeto del presente recurso de apelación el Auto dictado el 7 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Málaga en pieza separada de medidas cautelares, por el que se deniega la solicitud de adopción de la medida consistente en la suspensión cautelar de la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Málaga que acordó suspender la medida cautelar fijada de no tramitación del cambio de titularidad de licencia de apertura solicitada por la, hoy apelante, hasta la finalización del procedimiento de caducidad de la misma.

El pronunciamiento desestimatorio de la resolución judicial recurrida se fundamenta, resumidamente, previa exposición de la normativa y doctrina jurisprudencial aplicables en materia de la denominada justicia cautelar, en la consideración de que no concurre en este caso ni el requisito del *fumus boni iuris* ni el del *periculum in mora*, y en la prevalencia del interés público y resulta evidenciado con claridad por la administración demandada.

Segundo .- Frente a dicho Auto se alza la parte apelante viniendo a mantener la inexistencia de prevalencia del interés público e invocando los perjuicios que se producen de no haberse adopción de la medida cautelar solicitada.

Tercero .- Como señala la *Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 (recurso núm. 6192/1992)* " El recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia -- Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y





decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo "

En el mismo sentido la *STS 14 junio 1991* , con cita de las *SSTS de 22 de junio y 5 de noviembre de 1990 y 19 de abril de 1991* , afirma que " *el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por la que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación , de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso» (Sentencia de 19 de abril de 1991) "*

En las antedichas circunstancias -esto es, articulada adecuadamente la apelación como un juicio crítico a la Sentencia dictada en la instancia- y como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, como recuerda la *STS 17 enero 2000 (recurso 3497/1992)* .

Pues bien, sobre las anteriores consideraciones y frente a lo que aduce la Administración apelada en su escrito de oposición no puede reputarse que en el supuesto concreto aquí examinado la parte apelante se limite a reproducir en su recurso las alegaciones que trató de hacer valer en la primera instancia, combatiendo explícitamente, antes al contrario, la valoración de intereses y conclusiones obtenidas por el órgano judicial *a quo* respecto a las cuestiones fácticas y jurídicas que se habían suscitado en la pieza separada y en las que, consecuentemente, puede entrar a conocer esta Sala en sede de apelación .

Cuarto .- Como ponen de manifiesto los *AATS 2 noviembre 2000 y 5 febrero y 21 marzo 2001* " *Una doctrina reiterada de este Tribunal Supremo tiene declarado que el artículo 103.1 de la Constitución sanciona el principio general de eficacia de la actuación administrativa como lógica derivación de la presunción de legalidad y validez de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , dando lugar a la regla general de la ejecutividad, que se mantiene aunque se interponga recurso jurisdiccional, salvo que el recurrente solicite la suspensión , alegando y probando, al menos indiciariamente, que de*





la ejecución habrían de derivarse perjuicios de difícil o imposible reparación ".

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, partiendo de dicho principio general -pues no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130 .1 , como destacan los Autos del Tribunal Supremo anteriormente citados-, recoge la reiterada doctrina jurisprudencial que venía destacando que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y aborda en sus artículos 129 a 136 la regulación de un nuevo régimen de medidas cautelares que no se limita ya a la de suspensión , conforme se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del referido Cuerpo legal , introduciendo, en consecuencia, la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo.

Con respecto a esa nueva regulación, reiterada jurisprudencia posterior a la Ley 29/1998, de 13 de julio, ha venido destacando la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las medidas cautelares, exigiendo la adopción de la medida, de modo ineludible, que el recurso pudiera perder su finalidad legítima en otro caso (artículo 130 .1), lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad en caso de estimarse el recurso (AATS 22 marzo y 31 octubre 2000 , 21 marzo 2001 , 29 enero y 31 octubre 2002 , 16 mayo 2003 y 18 julio y 28 abril 2006 y SSTS 16 mayo y 18 noviembre 2003 , 26 enero y 18 mayo 2004 , 14 junio , 19 julio , 14 octubre y 30 noviembre 2005 , 14 marzo y 21 junio 2006 , 6 febrero y 7 noviembre 2007 y 17 junio 2008 , entre otras muchas).

Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero (artículo 130 .2 de la Ley 29/1998), criterio complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego (AATS 2 noviembre 2000 y 5 febrero y 28 marzo 2001 y SSTS 14 junio , 19 julio , 14 octubre y 30 noviembre 2005 , 14 marzo y 21 junio 2006 y 6 febrero 2007).

Quinto .- Así las cosas, lo primero que ha de valorarse es si, efectivamente, concurre en este caso el requisito del *periculum in mora* , por hacer desaparecer o suponer la ejecución del acto una consecuencia gravemente obstaculizante del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente, extremo éste cuya prueba incumbe al peticionario de la medida, pues, como indican los AATS 19 septiembre 2003 y 10 noviembre 2004 y las SSTS 15 septiembre 2003 , 16 julio y 18 mayo 2004 y 18 julio 2006 resulta necesaria una justificación o prueba, aún incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar, considerando las resoluciones anteriormente citadas que " la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación " , de modo que el interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren





en el caso para acordar la suspensión , sin que baste una invocación genérica.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina jurisprudencial al supuesto objeto de análisis, se opone a la eventual adopción de la medida cautelar, ya de inicio, la circunstancia, puesta acertadamente de manifiesto en el Auto apelado, de que preservar el efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de la pretensión no requeriría, a la vista de las circunstancias que por el momento pueden ser valoradas, la adopción de la medida cautelar interesada, máxime teniendo en cuenta que los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la ejecución de la resolución se tiene en su caso, y de existir de contenido económico y, por tanto, indemnizables.

A lo anterior hemos de añadir, asimismo, la consideración de que, dada la naturaleza y contenido del acto administrativo cuya suspensión se pretende, la adopción de la medida cautelar implicaría un pronunciamiento de carácter positivo equivalente a la concesión de la oportuna licencia durante el tiempo de sustanciación del proceso, dando lugar en momento procesal inoportuno a lo que ha sido denegado en vía administrativa y a la prolongación de una actuación ilegal de la recurrente como ha tenido ocasión de significar *esta misma Sala en Sentencia, por citar alguna, de 20 de septiembre de 2002 (recurso 150/2002)*, en la que hemos recordado que " *suspender la ejecutividad de un acto que ordena volver a la situación fáctica anterior al inicio de una actividad necesitada de licencias o autorizaciones equivale a permitir, bajo el amparo de la jurisdicción, la realización de actividades que necesitan para su adecuación a derecho de la existencia de diversos controles. Unos sanitarios, otros urbanísticos y otros culturales. La licencia municipal permite la realización de algunos de estos controles de legalidad, y la paralización de la actividad comenzada sin licencia es un riesgo que corre su autor, por ello si se produce perjuicio por la paralización no puede imputarse el mismo a la Administración que simplemente vela por el cumplimiento de sus obligaciones "*, de manera que " *no puede invocarse perjuicio patrimonial en una empresa que ha iniciado su actividad sin estar autorizada, ya que lo legal es iniciar la actividad cuando se tiene la licencia. Y es que en definitiva, cuando se carece de la preceptiva licencia municipal no procede la suspensión , como dice el Tribunal Supremo (Autos de 6 de abril y 25 de septiembre de 1992)*, ya que faltaría el "fumus bonis iuris" y con ella se estaría protegiendo una situación de ilegalidad al tiempo que se estaría consiguiendo la pretensión anhelada ", razonamientos que reproducen los ya vertidos en la *Sentencia dictada el 30 de junio de 2000 (recurso 49/2000)* y que resultan extrapolables a actividades precisadas de licencias urbanísticas como la de obras aquí omitida.

Por último y desde la perspectiva de la valoración de los intereses en conflicto, habría de atribuirse preferente consideración al interés público ínsito en la aplicación de la normativa que se lleva a cabo por el Ayuntamiento demandado

Sexto .- Las costas de esta segunda instancia han de imponerse a la recurrente por directa aplicación de lo dispuesto en el *artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de abril* y al no apreciarse la concurrencia de circunstancias que justifiquen la no imposición.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente





aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Jiménez de la Plata, en la representación de la mercantil CHAPOR SL contra el Auto dictado el 7 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Málaga en la pieza separada 136.1/2016, confirmando la resolución apelada, con imposición a la recurrente de las costas procesales de esta segunda instancia.

Librese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación .

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundara en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados a siguiente al de la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del referido cuerpo legal

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

PUBLICACION .- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.

