



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.: 2906745320240001538.

Procedimiento: Recurso de Apelación 885/2024.

De: MEGAPRIMOR, S.L.

Procurador/a: JOSE DOMINGO CORPAS

Letrado/a: JORGE LEON GROSS

Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Letrado/a: S.J.AYUNT. MALAGA y SERGIO VERDIER HERNANDEZ

SENTENCIA NÚMERO 153/2025

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES.

PRESIDENTE

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

MAGISTRADOS

D^a. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1^a

En la Ciudad de Málaga, a treinta de enero de dos mil veinticinco.

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 885/24, interpuesto por la representación de MEGAPRIMOR, S.L. contra el auto de 31 de julio de 2024, dictado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 8 de Málaga en el seno de la pieza de medidas cautelares num. 194.1/24, habiendo comparecido como apelado el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representada 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 de fecha 31 de julio de 2024 en cuya parte dispositiva acordó no haber lugar a la adopción de la medida cautelar de suspensión de Decreto de 3 de abril de 2024 del Concejal Delegado de Comercio del AYUNTAMIENTO DE MALAGA por el que se acuerda el cese de la actividad de comercio al menor de productos cosméticos en el local B-1 del centro comercial Málaga Plaza sito en la calle Armengual de la Mota 12 de Málaga.

SEGUNDO .- Por medio de escrito datado en fecha 26 de setiembre de 2024 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 cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado

TERCERO .- Luego que se tuvo por presentado el recurso se acordó su traslado a la Administración apelada, que se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la resolución apelada.

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 del Decreto de 3 de abril de 2024 del Concejal Delegado de Comercio del AYUNTAMIENTO DE MALAGA por el que se acuerda el cese de la actividad de comercio al menor de productos cosméticos en el local B-1 del centro comercial Málaga Plaza sito en la calle Armengual de la Mota 12 de Málaga.

El recurso de apelación sostiene la errática valoración de las circunstancias del caso en la resolución recurrida. Insiste en la presencia de un riesgo derivado de la dilación del proceso jurisdiccional que frustraría las expectativas de éxito del presente recurso contencioso administrativo, pues se genera una significativa pérdida económica con riesgo de desaparición de la empresa concernida, que no guarda proporción con el interés general afectado, luego que se ha acreditado la aportación de la documentación técnica y administrativa requerida y el pago de la tasa correspondiente.

La Administración apelada se opone a la estimación del recurso, sostiene la corrección del auto impugnado en base a la preponderancia del interés público concernido, vigente ante el incumplimiento constante de determinados requisitos técnicos de seguridad, frente al interés privado de la recurrente correctamente ponderado por el juez a quo.



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 "*numerus 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).

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.

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.

De otro lado es preciso descartar el examen en este momento de las cuestiones sustantivas que se refieren a la adecuación del acto combatido a la legalidad, cuestión que será objeto de examen en el curso del procedimiento principal, y que no cabe anticipar en este incidente de cognición limitada. En lo que se refiere al fumus boni iuris, 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).

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.

Por lo que se refiere al peligro de pérdida de la finalidad legítima del recurso en nuestro caso el relato de perjuicios alegado por la recurrente, es respondido por la Administración que invoca por su lado las consecuencias perniciosas que la medida suspensiva interesada podría acarrear al interés público tutelado.

De este modo el art. 130 LJCA impone al solicitante de tutela cautelar la acreditación indiciaria de un riesgo de pérdida sobrevenida de finalidad legítima del recurso, asociada a la generación de perjuicios irreparables o de difícil reposición durante el tiempo de tramitación y resolución del pleito, justificado lo cual se exige del órgano jurisdiccional una justa ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto.

La controversia se concentra en último extremo en la valoración de la concurrencia de intereses públicos y privados en conflicto al objeto de dar prevalencia a unos u otros, y resulta proporcionado, en supuestos de este tipo, dar preferencia a los intereses públicos vinculados a la tutela del orden urbanístico, seguridad y salud de los usuarios, que deben prevalecer, así como el ordenado agotamiento de los requisitos legales para la puesta en marcha de una actividad comercial abierta al público que constituyen presupuestos reglados para acceder a la habilitación administrativa de la actividad sobre los que recae la actividad administrativa de control e inspección de la declaración responsable (art. 69 LPAC).

Se desestima el recurso de apelación.

CUARTO .- Conforme al artículo 139.2 Ley 29/1998 , la desestimación del recurso de apelación interpuesto determina que se impongan las costas de esta apelación a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros en todos los conceptos.



FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de MEGAPRIMOR S.L. contra el auto de fecha 31 de julio de 2024 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Málaga, que se confirma, con expresa imposición de las costas causadas en esta apelación a cargo de la apelante hasta el límite de 1.000 euros por todos los conceptos.

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

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89.2 de LJCA .

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.-



