



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.: 2906745320210002635. Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Málaga Asunto origen: ORD 387/2021

Procedimiento: Recurso de Apelación 1153/2023.

De: EL GRAN CAFE DE TEATINOS, S.L. y EL GRAN CAFE DE TEATINOS SL

Procurador/a: ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO

Contra: ASES. JUR. AYTO. MÁLAGA, AYUNTAMIENTO DE MALAGA, MAPFRE ESPAÑA S.A. y MAPFRE ESPAÑA SA

Procurador/a: RAFAEL ROSA CAÑADAS

Letrado/a: S.J.AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 172/2025

R. APELACIÓN Nº 1153/2023

ILUSTRÍSIMAS/O SEÑORAS/OR:

PRESIDENTA

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADO/A

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D^a MARÍA DE LAS MERCEDES DELGADO LÓPEZ

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 15 de enero de 2025.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1153/2023, interpuesto por la Procuradora Sra. De los Ríos Santiago, en nombre de EL GRAN CAFÉ DE TEATINOS, S.L., asistido por la Letrada Sra. Giner Martí, contra la sentencia nº 207/2023, de 19 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de MÁLAGA, al PO 387/21, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y asistido por Letrada de la Asesoría Jurídica Municipal, así como MAFRE ESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Sr. Rosa Cañadas, y asistida por el Letrado Sr. Ortíz de Miguel.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de Málaga dictó la sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- La parte apelante interpone y sustancia recurso de apelación a 11/10/23, con base a los motivos que se exponen, pidiendo sentencia que revoque y deje sin efecto la dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 3 de los de Málaga en el Procedimiento Ordinario 387/2021 estimando el presente Recurso de Apelación, anulando la Sentencia apelada y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto en su integridad o subsidiariamente sin condena en costas en primera y segunda instancia al tratarse de una denegación presunta de la administración o limitadas a tenor del acuerdo del Pleno de la Sala de 13 de marzo de 2019.

TERCERO.- La parte apelada presenta escrito el 6/11/23 de impugnación del recurso, pidiendo sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 19 de julio de 2023.

Mafre presenta escrito el 13/11/23 alegando cuanto tiene por oportuno para pedir sentencia desestimatoria de dicho recurso y confirmatoria de la sentencia de instancia, y todo ello con expresa condena en costas de esta segunda instancia

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, acto que tuvo lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de Málaga dictó la sentencia nº 207/2023, de 19 de julio, al PO 387/21, que falla:

“DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo interpuesto EL Gran café de teatinos, SL frente a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Málaga el día 13-1-2021 en concepto de responsabilidad patrimonial. En el mismo de interposición se expresaba impugnar indirectamente el plan especial T-1 “Ampliación de la Universidad” y el PGOU a efectos de la cuestión de ilegalidad que se planteará en la demanda.

Las costas de la instancia causadas a la Administración se imponen a la parte recurrente. No se hace especial pronunciamiento respecto de las sufridas por MAPFRE, SA.”

El auto de 20/09/23 deniega el complemento de sentencia.

La sentencia contine la siguiente fundamentación:

“PRIMERO.- Objeto de recurso c-a y partes

1.Es objeto de recurso c-a la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada ante el Ayuntamiento de Málaga el día 13-1-2021 en concepto de responsabilidad patrimonial.

Ejercita el recurrente una pretensión de plena jurisdicción (art. 31.2 LJCA), pues a la declaración de invalidez del acto añade la de reconocimiento de una situación jurídica individualizada mediante la fijación de una indemnización de 711 746,02 €, sin perjuicio,



dice en el suplico, de considerar que esa cantidad es indicativa o provisional del momento final del perjuicio hasta el momento de la sentencia o resolución de ejecución de sentencia, con independencia de cualquier otro gasto que pudiera añadirse .../...

2. También conviene precisar en este momento, en relación con la aseguradora personada, que lo es de la Administración, que la parte recurrente no ha ejercitado la acción directa en los términos que previó el art. 9.4 de la LOPJ a partir de la reforma operada por LO 19/2003 (igualmente conocerán – se refiere al orden jurisdiccional c-a - de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva), de donde cabe deducir que su condición de demandada – de la aseguradora – lo es por la vía del interés a que se refiere el art. 21.1 b) ley 29/98, que no por la de la letra c), que ha de interpretarse debidamente conectada con la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ, que fue precisamente la que dio nueva redacción al apartado 4 de su art. 9 y que introdujo la letra c) del art. 21.1 de la ley 29/98). De esta forma, no será posible, en ningún caso – y aunque se estimara el recurso - su condena, que solo sería posible de haberse ejercitado una acción directa (en este sentido, fundamento de derecho quinto de la STS, 3ª, secc. 6ª, de 25-5-2010, rec. 7584/2005 -).

Quiere lo anterior decir que todas las alegaciones realizadas por la aseguradora MAPFRE en su escrito de contestación y contenidas en el apartado segundo de las nominadas “alegaciones” que preceden a los fundamentos derecho (deberían ser “hechos”, pues así lo exige el art. 56.1 LJCA), orientadas, de un lado, a sostener que los hechos no están bajo la cobertura del seguro, y, de otro, que habría que considerar el importe de la franquicia, no son acreedoras de reflexión alguna en esta sentencia, pues ningún pronunciamiento cabe hacer en relación con la aseguradora frente a la que no se ejercita la acción directa, permaneciendo las cuestiones que plantea en el ámbito de ellas relaciones internas entre asegurado y asegurador.

SEGUNDO.- Los hechos en cuya virtud reclama la parte recurrente y la anunciada impugnación indirecta

1. En el escrito de interposición del recurso c-a, y según se ha consignado en los antecedentes, expresaba la parte recurrente impugnar indirectamente el plan especial T-1 “Ampliación de la Universidad” y el PGOU a efectos de la cuestión de ilegalidad que se planteará en la demanda. Esta referencia hecha en el escrito de interposición es ajena al contenido propio y estricto del test de la comparecencia previsto en el art. 45 LJCA, no siendo dable confundir un recurso directo contra una disposición de carácter general (que es un auténtico recurso contra la norma) con un recurso indirecto (que no constituye propiamente un recurso contra la norma sino contra su acto de aplicación, con base en la ilegalidad de aquella; en este caso, la ilegalidad de la disposición no se esgrime como una pretensión autónoma sino solo como un motivo de impugnación del acto).

Ahora bien, más allá de lo anterior, si nos centramos en el escrito de demanda, puede observarse que tras narrar la recurrente su título de ocupación del espacio público municipal durante los años 2017 a 2019 (se renovó para los años 2018 y 2019), llega a la resolución de 14-2-2020 dictada por la teniente de alcalde delegada de Comercio, Gestión de la Vía Pública y Fomento de la Actividad Empresarial, que decidió revocar las autorizaciones de ocupación de la vía pública derivadas de los expedientes 2017/136-2715; 2018/1020-1021; 2017/2715; 2018/1020; 2018/1021, no pudiendo la recurrente, a partir de la notificación, ocupar el dominio público.

Pues bien, la causa de la revocación se expresa en la meritada resolución por referencia al escrito presentado por la Universidad de Málaga ante el Ayuntamiento de Málaga el



día 28-10-2019 poniendo de manifiesto que los terrenos objeto de ocupación eran propiedad de la Universidad de Málaga. De este escrito se confirió traslado al Servicio de Planificación Territorial y Urbanística, que informó en el sentido de que si bien el terreno fue de titularidad municipal, pasó a ser de titularidad de la universidad el día 30-11-2010, aportación hecha en ejecución de la innovación del plan especial "Ampliación de la Universidad".

A partir de aquí (pág. 5 a 14 del escrito de demanda), la recurrente hace extensas reflexiones orientadas a la referencia a un convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y la Universidad en el año 1999; a consideraciones referidas a que los terrenos que afectaban al espacio ocupado nunca fueron cedidos por el Ayuntamiento, al plan especial o al proyecto de urbanización que dice que se está tramitando. Y todo ello para concluir que el Ayuntamiento de Málaga "nunca debió revocar la licencia de ocupación de la vía pública" que tantos perjuicios ha causado a mi representada y que le ha obligado a formular la presente reclamación patrimonial".

A continuación (pág. 14 a 17) cuantifica el daño, que afirma ser antijurídico y que deriva de la revocación, concretándolo en la cantidad de 711 746,02 €, refiriéndose después a "otros daños" por poner en riesgo la permanencia de puestos de trabajo, cocineros, camareros, proveedores, así como de la propiedad de los inmuebles, que verá mermada los ingresos proporcionalmente o por la resolución de los contratos de alquiler (sic hecho séptimo).

En los fundamentos de derecho se limita a la cita de preceptos. Termina con el suplico y la pretensión de plena jurisdicción (711 746,02 €), aunque añadiendo que esa cantidad es indicativa o provisional del momento final del perjuicio hasta el momento de la sentencia o resolución de ejecución de sentencia, con independencia de cualquier otro gasto que pudiera añadirse .../...

2. Depurar el escrito anterior exige, en primer lugar, descartar que, de haberse articulado (que tampoco está claro dado el tenor abigarrado de la demanda) una impugnación indirecta del plan especial, o si se considerase, como parece sugerir en otros pasajes del escrito de demanda, que los terrenos Depurar ocupados por el recurrente nunca fueron cedidos por el Ayuntamiento por no corresponder ello a la cabal ejecución de las previsiones del plan especial, todo ello serían cuestiones ajenas a las que ahora procede tratar, pues si se considera que la decisión de revocación de la autorización municipal para la ocupación del dominio público 14-2-2020 sustentada en que se había producido la cesión de los terrenos a la universidad era contraria a derecho, debió recurrirse tal resolución, lo que no se hizo, sin que ahora pueda pretenderse la revisión de una actividad administrativa que no forma parte del objeto de este recurso c-a. Por lo demás, y si de impugnación indirecta habláramos, solo cabe pensar – afirmación que hago únicamente a efectos dialécticos, forzando el argumento – que el acto de aplicación que justificaría tal impugnación aparecería integrado por aquella decisión de revocación, pero sin que en ningún caso pudiera considerarse tal una ficción desestimatoria de una reclamación de responsabilidad patrimonial sustentada en aquella revocación.

3. A modo de resumen y por lo que respecta a los hechos en que sustenta la recurrente su reclamación, resulta que, habiendo sido autorizada para la ocupación con meses y sillas por el periodo 2017, con colocación de toldo con soporte móvil en los ejercicios 2018 y 2019, y revocadas las autorizaciones por decreto de 14-2-2020 en atención a que la titularidad del suelo no pertenecía al Ayuntamiento sino a la Universidad de Málaga, considera la recurrente que esa decisión le causa un daño antijurídico. Es decir, que el daño antijurídico deriva, en la tesis de la recurrente, de la decisión de revocación,



decisión consentida, por lo demás.

TERCERO.- La posición del Ayuntamiento de Málaga

1. Tras una ordenada de la exposición de los hechos, el escrito de contestación niega la existencia de un daño antijurídico citando, a tal fin, diversos preceptos legales y reglamentarios sobre la necesidad de licencia para el ejercicio del uso común especial de los bienes de dominio público. Puede centrarse el alegato en la cita del artículo 92 de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas - que es legislación básica, conforme prevé el apartado 5 de la disposición final segunda -:

Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general.

Esto es, sostiene el Ayuntamiento demandado, que en el caso concurrían circunstancias que justificaban la revocación, sin generar derecho a indemnización. La causa que concurría para el Ayuntamiento, es clara: no era titular del suelo cuyo aprovechamiento especial autorizado. Cosa distinta es el engarce de esta causa, como pretende sugerir (párrafo último de la pág. 5 del escrito de contestación), con la "modificación de las condiciones que motivaron la autorización o con el interés público".

CUARTO.- Las razones para desestimar el recurso c-a interpuesto

1. Diversas razones se estima que concurren para desestimar el recurso. Así, en primer lugar, puesto que el daño que se considera por el recurrente antijurídico deriva de una decisión de revocación, que es un acto no recurrido y que se presume válido desde la fecha en que se dictó (art. 39.1 ley 39/15), no puede considerarse aquella antijuridicidad, pues el recurrente habrá de soportar el daño derivado de un acto válido, de donde resultará que el daño no es antijurídico. Solo, y en determinadas condiciones que no es el caso exponer, podría hablarse de un daño antijurídico por referencia a un anulado en sede jurisdiccional o en vía administrativa, que no es el caso (párrafo segundo del art. 32.1 ley 40/15).

2. No obstante lo anterior, y a mayores por cuanto que la razón anterior es suficiente para desestimar el recurso, no estará demás hacer varias reflexiones adicionales, pues, de un lado, bien podría considerarse que el recurrente se ha enriquecido, en realidad, de manera injusta durante tres años, pues durante este periodo ha disfrutado de una ocupación no autorizada por el titular del suelo. De otro, y en lo relativo a la cuantiosa reclamación, también podría considerarse que la autorización concedida solo podía tener una duración máxima de cuatro años, incluidas las prórrogas (art. 92 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que es legislación básica conforme al apartado 5 de su disposición final segunda), circunstancia que habría que considerar - con la inevitable consecuencia de mostrarse desproporcionada la reclamación - atendiendo al lapso temporal de ocupación consumido de tres años, quedando solo uno para que las reglas de la ocupación del dominio público variaran totalmente, pues sería precisa una concesión, siendo imposible saber si se iba a conceder o no. Poarece, en cambio, que la elevada indemnización contempla una suerte de atención a una autorización indefinida que, desde luego, carece de sustento legal alguno.

Finalmente, llama también la atención que la administración optara por revocar la autorización y no se planteara, en cambio, la posibilidad, tal vez más adecuada, de haber acudido a la revisión de oficio de las autorizaciones por integrar actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente (art. 47.1 b) ley 39/15), como parece serlo quien autoriza la ocupación de un bien de dominio público del que no es titular.



3. Pese a las razones consignadas en el apartado 2 anterior, lo cierto es que la desestimación del recurso se sustenta en las expresadas en el apartado 1, sin que se estime que concurran dudas que justifiquen no hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la instancia, que se imponen a la parte recurrente”

El auto que deniega el complemento/aclaración de sentencia tiene la siguiente fundamentación:

“ÚNICO.- 1. Con su petición de “aclaración/complemento de sentencia”, la parte recurrente pretende discrepar del pronunciamiento condenatorio en costas alegando no haberse aplicado los límites contenidos en el acuerdo de 13-3-2019 del pleno de la sala c-a del TSJ Andalucía, sede Málaga. Alega también que, en todo caso, impugnada una ficción desestimatoria por silencio administrativo, no procedía la condena en costas.

2. Sobre el alcance de la condena en costas, la literalidad del pronunciamiento condenatorio contenido en el fallo de la sentencia sin ir precedido de una previa motivación que justificara limitar la imposición de las costas a una parte o a una cifra máxima (conforme prevé el art. 139.3 LJCA), hace innecesario el incidente aclaratorio promovido, resultando claro que la condena fue a la totalidad.

Aunque el art. 139.3 LJCA permite al órgano judicial limitar el importe de los conceptos que integran las costas procesales a una parte de las mismas o a una cifra máxima, tal decisión debe ir acompañada de la necesaria motivación, aunque solo sea porque el precepto en cuestión constituye una excepción a la regla general de que los honorarios de los profesionales que intervienen en el proceso son fijados libremente por los mismos, de común acuerdo con sus clientes y con la posibilidad de éstos de acudir al procedimiento legalmente previsto para su impugnación por excesivos.

Por tanto, cuando de limitar el alcance de la imposición de costas se trata, hablamos de una facultad del órgano judicial que – de hacerse uso de ella – ha de ir acompañada de la necesaria motivación referida, entre otros extremos, a la entidad del asunto, a su dificultad y complejidad jurídica o a la actividad procesal desplegada por la parte condenada (en este sentido, y entre otros muchos pronunciamientos sobre la necesidad de motivar la facultad de limitación, STS, 3ª, secc. 6ª, de 15 diciembre 2009, rec. 3047/2005, que se refiere a la entidad del asunto y su dificultad o complejidad jurídica como criterio básico para justificar la imposición de costas en una parte o hasta una cifra máxima; decía el TS: La inadmisión del recurso determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de letrado de la parte recurrida.

Por las razones expuestas, conteniendo el fallo un pronunciamiento condenatorio en costas conforme al art. 139.1 LJCA y no conteniendo reflexión alguna sobre el ejercicio de la facultad limitadora del art. 139.3, deviene innecesaria la aclaración habida cuenta que ninguna oscuridad había en el fallo, condenatorio en costas y que solo puede estar referido a la totalidad. Del mismo modo, tampoco puede hablarse de omisión de pronunciamiento alguno, pues existe pronunciamiento sobre las costas que, al no constar motivación alguna en relación con una eventual limitación, ha de considerarse que es a la totalidad.

3. En relación con el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala, sede Málaga, de 13-3-2019, puede traerse a colación la sentencia del TS, 3ª, secc. 1ª, de 8-5-2015 (rec. 422/2014), que con cita de la previa de 11-5-2009 (rec. 113/2007), se refirió a su naturaleza y finalidad. Especialmente dedica a ello el fundamento de derecho séptimo, destacando que carece de efectos jurídicos cualquier opinión que de dichas resoluciones



resulte mayoritaria, ni respecto a quienes la realizan, ni tampoco frente a terceros. Por ello podemos afirmar que el resultado de tales reuniones, aunque resulte documentado, no es susceptible, ni de impugnación jurisdiccional, pues no es un acto judicial, ni tampoco administrativa, pues no es un acto administrativo, al no producir efecto jurídico alguno.

Y añadió:

Porque estos Plenos del artículo 264 no se enmarcan en un proceso en trámite aún cuando se celebren para fijar criterios sobre cuestiones a resolver en procesos concretos, tal y como acontece en el caso que nos ocupa, sino que se desenvuelven al margen del proceso, esto es, no administran propiamente Justicia ni resuelven recursos; siendo de recordar que el artículo 12 LOPJ establece: 1º) que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial"; 2º) que "no podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan; y 3º), que "tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Resulta, por tanto, que siendo la finalidad de esos plenos la de unificar criterios y coordinar las prácticas procesales en el ámbito de la Sala, en tal ha de quedar circunscritos sus efectos, sin que pueda pretenderse, como hace el recurrente – sin ofrecer razón jurídica alguna – suerte alguna de vinculación para este órgano judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional.

4.Finalmente y en relación con el silencio administrativo desestimatorio que habilitó para interponer el recurso c-a, y que es cuestión sobre la que tampoco razona en términos jurídicos la parte promotora del incidente, pero que cabe pensar que se articula como una suerte de causa legal para limitar el pronunciamiento sobre condena en costas, cabe destacar que ese solo silencio ni habilita para no hacer un pronunciamiento condenatorio (como suplicó por otrosí en su escrito de demanda) ni para limitar las costas, pues no integra tal silencio un criterio legal ni para lo uno ni para lo otro conforme al art. 139 LJCA.

La STS, 3ª, secc. 5ª, de 25-9-2018 (RC 2734/2016 para unificación doctrina) se refería a un supuesto en el que se recurría una sentencia que había condenado en costas al recurrente en un supuesto en que se impugnaba frente a una ficción desestimatoria. El TS desestimó el recurso aunque las sentencias de contraste condenaban y no condenaban en costas en supuestos en los que se impugna por silencio administrativo desestimatorio, justificándose la no condena en la pasividad de la administración. Para ello, el TS recordó que tanto en el régimen anterior (temeridad o mala fe) como en el nuevo (vencimiento salvo serias dudas de hecho o de derecho), la cuestión es valorativa y corresponde al tribunal de instancia sin ser revisable en casación, aclarando que, en todo caso, la ausencia de decisión expresa administrativa no comporta clase alguna de ellas dudas a que se refiere el art. 139 LJCA. Dijo en su fto. Dº 3º:

También en el presente supuesto se deduce el recurso contra el acto presunto, pero resulta indudable que la ausencia de esa decisión expresa en vía administrativa no comporta las dudas a que hace referencia el precepto en la redacción aplicable, sin que podamos nosotros ahora revisar los criterios que llevó al Tribunal sentenciador en aquel proceso a hacer esa exclusión de la imposición de costas. Y es que, en definitiva, lo que



se está pretendiendo con este recurso es que este Tribunal proceda a determinar, sin examinar de manera expresa el debate sustantivo suscitado en el proceso, si concurren en el mismo las serias dudas de hecho o de derecho en el ejercicio de la pretensión para excluir la regla general de imposición de costas que, con acierto, acogió la sentencia recurrida

5. Por las razones expuestas, procede desestimar el incidente promovido con imposición al promotor de las costas causadas en él (art. 139.1 LJCA).”

SEGUNDO

.- La parte apelante alega, prescindiendo de inserciones de documentales fotográficas que hace, sin pedir el recibimiento a prueba en legal forma:

- Ha quedado acreditado la existencia de contrato de alquiler del local comercial sito en Calle Dolores Rodríguez Aragón 9 Fase III, bloque 3 de Málaga local 1, con fecha 1 de diciembre de 2016 FOLIOS 32 A 35 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. También el arrendamiento del local comercial sito en las inmediaciones local 2, con fecha 1 de marzo de 2018. FOLIOS 36 A 39 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

-Ha quedado acreditada que para atender al público fuera de los locales comerciales, en vía pública, tramitó y obtuvo licencia municipal para la ocupación de mesas, (18 mesas de cuatro sillas) y tarima superpuesta, sobre una superficie de 207,90 m² para el periodo de 2017, y de colocación de toldo con soporte móvil, las cuales fueron renovadas durante el 2018 y 2019. FOLIOS 44 A 57 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Que dichos permisos se encuentran amparados en un informe del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística, Servicio de Planificación Territorial y Urbanística, que considera dichos terrenos de titularidad municipal.

Mi representada presentó solicitud de acotación de la zona de terraza con fecha 7 de noviembre de 2019 y con fecha 28 de diciembre de 2019, para sorpresa de mi representada, recibió respuesta a dicha solicitud por parte de la Jefa de Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública denegando la misma y revocando las licencias concedidas de ocupación de vía pública con mesas, sillas, tarima y toldo, ya que los terrenos ocupados son propiedad de la Universidad de Málaga, dando plazo para presentar Alegaciones. FOLIOS 59 A 61 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

- Ha quedado acreditado, por la documental unida a nuestro escrito de demanda, el reportaje fotográfico adjuntado e incorporado a dicho escrito y por las pruebas periciales practicadas, que la Universidad de Málaga, ha procedido a colocar una bionda que impide el acceso a los locales comerciales a la vía pública; no sólo no se puede disponer de los suelos como ocupación de vía pública, sino que con la bionda instalada, NO SE PUEDE ACCEDER DESDE LOS LOCALES A LA VÍA PÚBLICA Y DESDE LA CALZADA A LOS LOCALES.

-El motivo de la desestimación del Recurso Contencioso-administrativo es haber dejado firme la resolución de 14 de febrero de 2020 dictada por el teniente de Alcalde delegada de Comercio, Gestión de la Vía Pública y Fomento de la Actividad Empresarial que revoca las autorizaciones de ocupación de vía pública.

Cualquier recurso contra esta resolución resulta inútil puesto que resuelve el mismo órgano administrativo PERIFÉRICO.

Además nos hubiera abocado a un contencioso administrativo con el mismo fondo: que mi representada alquiló los locales y solicitó licencias de ocupación de vía pública



creyendo que los suelos del exterior eran de titularidad municipal y en ese sentido se informó por el órgano competente.

Todo ello en aras al PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA:

STS de 21 de febrero de 2006, Sección Tercera de la Sala Tercera, (recurso de casación recurso de casación 5959/2001; ponente, Excmo. Sr. D. Óscar González González; Ref. EDJ 2006/16046), después de señalar en el fundamento jurídico primero que dicho principio:

“...tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2)”, añade que “...la STS de 10-5-99, recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general". Por otra parte, en la STS de 1-2-99, se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma.

O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los "actos propios" sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992 (, 2775 y), modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la



discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa".

Que sentido tiene recurrir la revocación de las licencias, cuando consta al FOLIO 68 DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO, Informe firmado por el Jefe del Servicio y Jefa del Departamento de Patrimonio Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Málaga que informa que los terrenos se cedieron (con la finalidad de urbanizar) a la Universidad de Málaga el 30 de noviembre de 2010. Mucho tiempo antes de que las Licencias de Ocupación de Vía Pública se solicitaran y concedieran.

- La Reclamación planteada lo es por la quiebra del principio de Confianza Legítima, en el sentido de que mi representada ha estado en la creencia, inducida por el Ayuntamiento de Málaga, sea quien sea del organigrama del mismo, de que los terrenos colindantes a los locales comerciales, eran de titularidad municipal y se podían ocupar previo pago de las tasas correspondientes a las arcas municipales y por ello ha llevado a cabo una inversión cuantiosa, al no estar los terrenos urbanizados, sin acera, el coste de la inversión se eleva y ello lo ha provocado el propio ayuntamiento y más teniendo en cuenta que hay un informe del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística, Servicio de Planificación Territorial y Urbanística que expresamente dice que los terrenos son municipales.

El Ayuntamiento de Málaga, ha obrado mal desde todos los prismas:

-Otorgando dos autorizaciones de ocupación de vía pública con mesas, sillas y toldos, por considerar que los terrenos eran de su titularidad.

-No cumpliendo con la obligación de urbanizar el total perímetro de la urbanización donde se ubican los locales comerciales.

El Perito Judicial Arquitecto, D. Raúl Estefanía Parreño, deja acreditado que:

Tras el estudio de la documentación y la visita al local, se pudo comprobar que No existe acerado más allá de los triángulos de propiedad de la Comunidad de Propietarios, de la alineación exterior de parcela, que coincide con la linde marcada en el plano de la referencia catastral (7448301UF6674N0962OS).

No existe acerado fuera de la linde de la finca a estudio, quedando una franja de unos siete metros de longitud entre la parcela y la calzada, sin pavimentación ni acerado alguno.

La franja de terrenos afectados por la zona donde se ha revocado la licencia pertenece urbanísticamente al Patrimonio Municipal del Ayuntamiento de Málaga. Es vía pública, y está fuera de la operación (con la Universidad), por lo que siempre ha sido del Ayto. Con lo que El Ayto. tiene la potestad (ejerciendo su autoridad)de permitir su uso o no para temas particulares, como es el caso de una terraza de hostelería para local comercial. Si bien dicho ancho de terreno ha sido recepcionado, por el Ayuntamiento, sin urbanizar, los suelos son de vía pública, y por tanto de gestión municipal, que ejecutará las obras cuando pueda presupuestarlas. Y el mantenimiento deberá llevarse a cabo por el órgano gestor de la Universidad de Málaga según se detalla en el documento de Innovación Plan Especial

En cuanto al Plan Especial "Ampliación de la Universidad", la franja de terrenos entre la parcela y la calzada, sin pavimentación ni acerado alguno, NO FORMAN PARTE DEL MISMO.

Es decir, el Ayuntamiento de Málaga, ha recepcionado unas obras de urbanización NO



CONCLUIDAS, faltando la franja de terreno entre la Comunidad y la zona asfaltada, al faltar el acerado ya que es peatonal HA DADO POR HECHO QUE LOS TERRENOS SON PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD E INCLUIDOS EN UN PLAN ESPECIAL "AMPLIACIÓN UNIVERSIDAD", CUANDO SON DE SU PROPIEDAD.

El Ayuntamiento de Málaga, ha hecho una doble dejación de sus deberes:

Recepcionar unas obras de urbanización no concluidas, ya que falta el acerado en todo su largo de fachada.

Entender, sin previa comprobación que las zonas donde debía haber acerado, no son propiedad de la Universidad, sino del Ayuntamiento de Málaga, como suelo de cesión gratuita, obligatoria que forma parte del Patrimonio Municipal y que en ese sentido fueron informadas por el Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística, Servicio de Planificación Territorial y Urbanística.

Y así se demuestra ante el hecho de que las farolas instaladas, se encuentran entre el local y la bionda, LO QUE DEBIERA SER LA ACERA.

- En cuanto a las costas a que ha sido condenada mi representada, se impugna también en cuanto a que el presente recurso se ha seguido frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, y es la administración la que ha incumplido el deber legal de responder expresamente (Artículo 42.1 Ley 30/92), lo que hubiera permitido a la recurrente sopesar las razones tenidas en cuenta para la denegación y determinar en consecuencia la procedencia de acudir o no a la vía judicial.

Si hubiéramos conocido, mediante resolución expresa municipal, del sentir del mismo, hubiéramos planteado el recurso contencioso-administrativo o no, PERO TAMBIÉN HUBIERAMOS PODIDO EMPLEAR OTRO TIPO DE PRUEBAS AL RESPECTO.

No resulta ajustado a derecho, que lo que el Ayuntamiento podía haber plasmado en una resolución expresa de la reclamación administrativa previa, lo plasme en la contestación a la demanda planteada por esta parte.

Tratándose de una cuestión con serias dudas de hecho y de derecho, una desestimación presunta, no puede abocar a una condena en costas.

No cabe primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa- entre otras SSTC 72/2008, 23 de junio de 2008 y 106/2008 de 15 de septiembre de 2008 y recientemente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga de 22 de enero de 2018, Sentencia 74/2018, Recurso 348/2016, Ponente, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Santiago Macho Macho que dice:

Conforme a esta jurisprudencia constitucional, el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración; frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, no cabe primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa – entre otras SSTC 72/2008, de 23 de junio de 2008 o de 106/2008, de 15 de septiembre de 2008-.16 Código.

Por tanto, no procede imponer el pago de costas (art. 139.1 Ley 29/98, modificado por Ley 37/11).



-Por otra parte, el Juzgador no ha tenido en cuenta el Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga de 13 de marzo de 2019 que, en el ejercicio de la facultad de limitación del importe de las costas procesales previstas en el artículo 139.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo donde la Sala fija los siguientes criterios:

1.- Establecen los siguientes límites cuantitativos con carácter general:

Procedimiento ordinario con celebración de prueba: 2.000 euros ya que es el caso que nos ocupa.

TERCERO.- La parte apelada o pone:

- EL Recurso de apelación que no contiene crítica razonada de la sentencia impugnada.-

Con carácter previo y analizado el recurso de la parte actora, se observa que el mismo se limita a plantear de nuevo los mismos motivos que utilizó en la instancia, con idénticos argumentos y sin referencias a la sentencia impugnada. Desconocemos por qué el fallo y sus argumentaciones le parecen contrarios a derecho. Como consecuencia necesaria de la omisión anterior tampoco el recurso contiene intentos dialécticos o citas jurisprudenciales que traten de rebatir la ausencia de antijuridicidad del daño que fue apreciada por el magistrado de instancia y que constituyó – a juicio de esta parte – el fundamento principal de la desestimación del recurso.

Esta técnica procesal incumple los requisitos jurisprudenciales que para el recurso de apelación han sido establecidos. En este sentido, la Sentencia de la Sala de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de marzo de 2015 (Recurso de Apelación nº 1632/2011), establecía en su FJ 4º, haciéndose eco de las SSTs, Sala 3ª, de fechas 26 de octubre de 1998 y 22 de junio de 1999: (...)

-Acierto de la sentencia impugnada al apreciar ausencia de antijuridicidad del daño.-

Pese a que no se menciona a lo largo del recurso de apelación, lo cierto es que la presente litis se orienta a dirimir la concurrencia o no de responsabilidad patrimonial de la administración a la que represento. A tal efecto, la entidad recurrente presentó su escrito de interposición frente a la denegación presunta de la reclamación de Responsabilidad Patrimonial de fecha 13 de enero de 2021, por los daños ocasionados por la revocación, mediante resolución de fecha 14 de febrero de 2020, de las licencias de ocupación de vía pública derivadas de los expedientes 2017/136-2715; 2018/1020-1021, 2018/1020 y 2018/1021.

Situado el objeto de debate, según constante jurisprudencia de sobra conocida por esa ilustre Sala, la apreciación de responsabilidad patrimonial exige la concurrencia de unos presupuestos o requisitos necesarios entre los que se incluye la antijuridicidad del daño.

Tal y como acertadamente concluyó el juzgador de instancia, las cuestiones urbanísticas sobre las que pivota casi exclusivamente el recurso de apelación son ajenas al debate de responsabilidad patrimonial planteado así de contrario y, dentro de este ámbito, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad. Lo cierto es que el acto administrativo al que se imputa de contrario el daño, esto es, la resolución de fecha 14 de febrero de 2020, no fue recurrida (más concretamente, se desistió del recurso) por lo que el recurrente habría de soportar el daño derivado de ella por tratarse de un acto válido, no anulado en vía judicial ni administrativa.

A mayor abundamiento, en ningún momento el recurrente aduce en su recurso o en la demanda la nulidad radical de la resolución a la que atribuye el daño ni, lógicamente, cita



motivo de nulidad radical alguno. En este sentido, cabe citar la STS nº 603/2022, de 23 de mayo (rec. 741/2021).

Consta acreditado en el expediente administrativo cómo mi mandante recibe una notificación dirigida por la Universidad de Málaga (Doc. nº 1 de la contestación) en la que se señala que se va a realizar la delimitación de la propiedad en la que está situado el local arrendado por la entidad recurrente por medio de vallado, indicando que la parcela en la que está situado el establecimiento es propiedad de la Universidad, no habiéndose terminado todavía el vial proyectado. A la vista del citado escrito, mi mandante solicita informe del Servicio de Patrimonio Municipal de la GMUOeI, evacuado con fecha 20 de noviembre de 2019, en el que se indica que la parcela en la que está situado el establecimiento fue aportada por el Ayuntamiento, pasando a titularidad de la UMA el 30 de noviembre de 2010. Se adjunta al anterior nota simple en la que aparece la UMA como titular de una parcela de 15.419 m² – esta documentación fue aportada por el recurrente con su demanda-.

Se procede a otorgar trámite de audiencia a la entidad recurrente que presenta alegaciones y posteriormente, resolviendo estas alegaciones, se dicta la resolución revocando la autorización concedida, fundamentándose ésta en el escrito de la UMA y en el Informe de la GMUOeI, por lo que se trata de una resolución motivada, razonada y razonable que aleja cualquier sospecha de arbitrariedad.

La discrepancia en torno al acierto de esta motivación entiende esta parte que no es relevante a la hora de apreciar la concurrencia de antijuridicidad de la lesión – y, por ende, de responsabilidad patrimonial – que es el objeto del pleito. No obstante, el informe de GMU de fecha 7 de septiembre de 2022 – documento nº 2 del escrito de contestación – validaba el razonamiento municipal cuando afirmaba que los suelos en cuestión no habían sido todavía urbanizados ni, por tanto, cedidos de nuevo al Ayuntamiento.

La pericial judicial del Arquitecto Don Raúl Estefanía Parreño ratifica la postura del Ayuntamiento cuando afirmaba en sede judicial que “los suelos son de vía pública” y que “los viales no están hechos”. En coherencia con la situación descrita, continuó el perito afirmando que “no se accede a los locales desde el viario rodado al existir una bionda metálica”.

A la vista de lo expuesto, el requerimiento a mi mandante por parte de la Universidad resulta coherente y constata una situación objetiva, esto es, que la terraza en cuestión se encuentra en un vial provisional no terminado y que el tránsito peatonal por esas zonas no es adecuado para ese uso.

En definitiva, no existe acreditación suficiente para concluir que la actuación urbanística de mi mandante – que, recordemos NO es objeto de esta litis – fuese reprochable jurídicamente. Pero, desde luego, lo que resulta palmario es que la resolución objeto del pleito gozaba de fundamentación y motivación razonada, razonable y no fue en ningún caso dictada con arbitrariedad.

En cuanto al régimen de la autorización concedida, el artículo 84.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone que las autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquellas y en ausencia o insuficiencia de esa legislación por las disposiciones de la ley que contiene el citado artículo.

El artículo 92 de la misma ley establece:

“Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para



actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo en doctrina consolidada [(SSTS de 5 de febrero de 1996 y 16 de septiembre de 2009 (rec. nº 9329/2004), entre otras], ha determinado que:

“En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo”.

En sentido coincidente con la normativa citada, cabe referirse a la Sentencia del TSJ Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 31 de mayo de 2016 (rec. 201/2015), que denegaba la autorización de ampliación de terraza de un bar, aduciendo: (...)

De igual forma, la Sentencia del TSJ La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de fecha 3 de julio de 2007 (rec. 120/2007), que confirma la sentencia del juzgado, declarando ajustada a derecho la resolución que reducía el número de mesas y sillas en la vía pública, señalando: (...)

Se afirma en el recurso de apelación presentado que la razón de la reclamación es la vulneración del principio de confianza legítima. Sin embargo, esta invocación no tiene fundamento. Por un lado, no puede ser esgrimida sin vincular la alegación a la infracción de algún precepto legal concreto (STS de 16 de octubre de 2003-EDJ 2003/158439) – requisito que no se cumple de contrario - y no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico – como sería el otorgamiento de autorizaciones sin estar legitimado para su concesión.

- Inexistencia de daño resarcible. Acierto de la sentencia impugnada al apreciar desproporción en la reclamación.-

La no renovación de la autorización fue un acto válido, amparado legalmente, que se dictó en ejercicio de una potestad discrecional en una resolución motivada y razonada, previo trámite de audiencia, por lo que los posibles perjuicios generados no son antijurídicos y no son susceptibles de resarcimiento.

En cualquier caso, no hay que olvidar que la entidad recurrente está legitimada activamente en su calidad de titular de la autorización conferida y como arrendataria del local, habida cuenta que la propietaria del mismo es otra mercantil (folios 32 a 35 del expediente).

En su condición de arrendataria no estaba obligada a permanecer en el local si las condiciones en principio pactadas con el propietario habían variado de forma que no le resultaban aceptables. Podría haber optado por rescindirlo o por negociar otras. Lo que no resulta admisible es pretender trasladar a la Administración los gastos en los que, como arrendatario, ha incurrido porque ha considerado, según parece, que su permanencia en el local se tenía que prolongar indefinidamente, así como la autorización de terraza.

Además, el perito judicial economista forense Don David Páez Hernández en su declaración apuntó datos de relevancia. En primer lugar, el contrato de arrendamiento que



rige la utilización del local, en calidad de arrendataria, de la entidad recurrente, no contempla ni menciona en ningún momento el disfrute de terraza, ni que el alquiler aparezca condicionado por la obtención de una licencia municipal.

En segundo lugar, este perito hizo incidencia en el carácter anual del otorgamiento de autorización, que se consigna en el artículo 6 de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Ocupación de la Vía Pública (BOP nº 146 de 27 de julio de 2007), que dispone:

“Art 6. Autorizaciones.

(...) 3. Las autorizaciones se renovarán tácitamente todos los años, salvo cuando se verifique el impago de las tasas de periodos anteriores, o cualquier circunstancia que modifique las condiciones que dieron lugar a la autorización, en cuyo caso, se dictará una resolución tras la tramitación del oportuno procedimiento, en la que se comunicará la no renovación de la autorización.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta parte entiende que la renovación tácita de la autorización no se había producido para la anualidad de 2020, habida cuenta que el 28 de diciembre de 2019 – según afirma la contraria en su escrito de alegaciones (folio 62) – la entidad recurrente recibió propuesta de no renovación de la autorización concedida, en la que se explicaban y fundamentaban las razones de tal decisión.

Con carácter subsidiario a todo lo expuesto, como acertadamente razonaba el magistrado de instancia, hay que poner de manifiesto el carácter desproporcionado de la indemnización

En cuanto al lucro cesante, es unánime la jurisprudencia – nos remitimos a la reseñada en la página 9 y 10 de nuestra contestación – a la hora de exigir una “acreditación rigurosa de las ganancias dejadas de obtener” y una apreciación de modo prudente y restrictivo “puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener beneficios”. No parece que tales exigencias se cumplan en las peticiones formuladas de contrario por este concepto o en los cálculos que realiza el perito judicial Sr. Páez (siempre hechos con carácter subsidiario a la salvedad que repite a lo largo de su informe: “siempre que se aprecie la existencia de expectativas legítimas frustradas por el Ayuntamiento”). Como él mismo señala, para la elaboración de sus cálculos, “sólo ha tenido acceso al importe neto de la cifra de negocios anual correspondiente a los ejercicios 2016 a 2021”. No parece que tal información parcial sea suficiente para una acreditación rigurosa. No se han aportado de contrario las declaraciones fiscales que hubieran permitido conocer, de forma objetiva y oficial, las ganancias obtenidas – que es el concepto utilizado por la jurisprudencia - . Por otro lado, el perito no considera representativas las cifras de importe neto de negocios correspondientes al 2021 ofrecidas por la propiedad, al entender que la reducción de la cifra de negocios que muestran “debe obedecer a causas que este perito desconoce”. Por lo que no cabe validar las estimaciones que se contienen en la demanda – que reproducen las realizadas en el informe pericial de parte del Sr. Roldán Mateo – en las que se procede, únicamente, a la extrapolación de los datos de negocio obtenidos durante el año 2019 para calcular, a partir de ahí, el detrimento que se producirá en el año 2020 (el informe está firmado en diciembre de 2020) y también en los ejercicios venideros. A la vista de lo expuesto, la demanda no cuantifica y solicita resarcimiento por un daño real y efectivo que ya se ha producido, sino que solicita resarcimiento por unas expectativas de pérdidas que entiende se van a producir. En cuanto al ejercicio 2020 (único transcurrido a fecha de emisión del informe en el que se basa el petitum de la demanda) se omite cualquier referencia a la pandemia mundial que afectó drásticamente a la producción en todos los ámbitos de negocio.

En cuanto a la cuantía por daño emergente solicitada, son extrapolables los razonamientos vertidos anteriormente acerca del lucro cesante. Además, comprobamos



cómo ambos peritos no han podido verificar personalmente la realidad de los elementos materiales supuestamente adquiridos para la explotación. Los dos peritos reseñan expresamente que se han basado en las cifras facilitadas por la propiedad. En cualquier caso, la decisión como arrendatario de un local de adquirir un mobiliario y unos toldos para el acondicionamiento de una terraza que no figura contemplada en el contrato de arrendamiento y para la que sólo se ha obtenido una autorización anual susceptible de ser revocada, es una opción empresarial adoptada a su riesgo y ventura cuyas consecuencias no cabe trasladar a mi mandante.

En virtud de lo expuesto, entiende esta parte que la sentencia impugnada y su fundamentación jurídica son ajustadas a derecho.

CUARTO.- Mafre opone:

- La recurrente no formula recurso alguno frente a la desestimación del recurso contencioso administrativo frente a MAPFRE ESPAÑA, S.A al no haberse ejercitado la acción directa, ni cualesquiera otra frente a la misma, tal y como se alegó en el hecho primero de nuestra contestación a la demanda, por lo que no habiéndose recurrido en apelación, la sentencia desestimatoria respecto a MAPFRE ESPAÑA, S.A ha devenido firme.

- Nos oponemos al recurso de apelación por cuanto que la recurrente realiza una interpretación absolutamente sesgada de la sentencia. Considera que han quedado probados y acreditado unos hechos que en ningún caso han sido considerados probados en la sentencia recurrida.

- El apelante recurre la sentencia al entender que la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo “haber dejado firme la resolución de 14 de febrero de 2020 dictada por el teniente de Alcalde delegada de Comercio, Gestión de la Vía Pública y Fomento de la Actividad Empresarial que revoca las autorizaciones de ocupación de la vía pública” (motivo cuarto del recurso)

En el hecho QUINTO del recurso se dice literalmente que “la reclamación planteada lo es por la quiebra del principio de confianza legítima” entendiéndose que la actuación del ayuntamiento de Málaga le llevo a la creencia de que los terrenos eran de titularidad municipal.

La recurrente introduce por vía de recurso de apelación una “nueva fundamentación” como es el principio de confianza legítima el cual no fue alegado ni en la demanda ni tampoco en su escrito de conclusiones. Dicha nueva alegación o fundamentación de la pretensión deducida en la demanda resulta un claro ejemplo de desviación procesal, por cuanto que se pretende por vía de recurso de apelación introducir nuevos elementos que no fueron traídos en la primera instancia y que por tanto de no deben ser objeto de análisis en esta segunda instancia.

La realidad es que la recurrente interponer recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio de la reclamación patrimonial interpuesta frente al Ayuntamiento de Málaga al entender que “habiendo sido autorizada para la ocupación con meses y sillas por el periodo 2017, con colocación de toldo con soporte móvil en los ejercicios 208 y 2019, y revocadas las autorizaciones por decreto de 14-2-2020 en atención a que la titularidad del suelo no pertenecía al Ayuntamiento sino a la Universidad de Málaga, considera la recurrente que esa decisión le causa un daño antijurídico.



Pues bien, como bien indica la sentencia recurrida puesto que el daño que se considera por el recurrente antijurídico deriva de una decisión de revocación, que es un acto no recurrido y que se presume válido desde la fecha en que se dictó (art. 39.1 ley 39/15), no puede considerarse aquella antijuridicidad, pues el recurrente habrá de soportar el daño derivado de un acto válido, de donde resultará que el daño no es antijurídico puesto que ha sido consentido.

No cabe por tanto la vía de la reclamación patrimonial frente a la administración, cuyos elementos constitutivos se desarrollan en los Arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015 y que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiteradamente estableciendo, para pretender impugnar indirectamente el plan especial T-1 "Ampliación de la Universidad" y el PGOU a efectos de la cuestión de ilegalidad que se plantea en la demanda.

-Nada que alegar al correlativo del recurso de apelación por cuanto los motivos se centran en la imposición a la recurrente de las costas procesales causadas al Ayuntamiento de Málaga

Dado que mi representada no ha sido beneficiaria de dicha imposición en nada afecta a MAPFRE ESPAÑA, S.A dicho motivo de recurso de apelación.

QUINTO.- Conforme al artículo 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicado supletoriamente al proceso contencioso administrativo, el recurso de apelación, puede suponer un nuevo examen de las actuaciones realizadas por la sentencia dictada en primera instancia de acuerdo con los motivos impugnatorios que se articulan en el mismo, lo que hace que los Tribunales de segunda instancia limiten el conocimiento de lo litigioso al examen y valoración de sus motivos de apelación, sin que sea preciso un examen completo y por segunda vez de todo lo actuado en la instancia.

En este sentido, el Tribunal Supremo en distintas ocasiones, cuando era competente para conocer del antiguo recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso, señaló en varias ocasiones que el recurso de apelación ha de tender a hacer valer los motivos por los que una decisión jurisdiccional dictada en la instancia es jurídicamente vulnerable. Así la STS del 15 de julio de 2009, Recurso: 1308/1988, FD 2º, o la STS 4595/2014 de 7/11/2014, REC 3504/2012, que en su FD 3º. Como señala la STS 20/2021, de 18 de enero de 2021, Recurso: 1832/2019, al FD 8º.

También el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de diciembre de 1994, afirma que el no incorporar un estudio crítico de las argumentaciones de la sentencia apelada es omisión que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación.

Con esta doctrina jurisprudencial se pretende evitar un eterno retorno sobre los planteamientos dialécticos resueltos por el juzgador a quo, cuando por el apelante no se ha pretendido en la alzada un juicio analítico razonado de la motivación jurídica que integra la sentencia combatida.

Consecuencia de todo ello es que no cabe plantear en apelación cuestiones ex novo, no sometidas previamente a la consideración del juez a quo por lo que no han podido ser tratadas en sentencia, que se limita a disertar sobre lo alegado y probado. En definitiva rige la interdicción de cabe apelación per saltum, como recuerda la STS de 17 de enero de 2000 (RJ 2000\264

Estas consideraciones son obviadas por la parte apelante que en su escrito no realiza crítica concreta alguna contra lo dicho en la sentencia y en el auto que deniega su aclaración, introduciendo en esta segunda instancia un nuevo título de imputación: conculcación del principio de confianza legítima, por lo que no puede ser analizado por la



Sala. Motivos bastantes para desestimar el recurso.

Así nada se dice en la apelación con el razonamiento que hace la sentencia sobre la impugnación indirecta del Plan Especial Universidad, excluyendo su incidencia en la exclusión debatida. Reiterando lo ya transcrito: *Depurar el escrito anterior exige, en primer lugar, descartar que, de haberse articulado (que tampoco está claro dado el tenor abigarrado de la demanda) una impugnación indirecta del plan especial, o si se considerase, como parece sugerir en otros pasajes del escrito de demanda, que los terrenos Depurar ocupados por el recurrente nunca fueron cedidos por el Ayuntamiento por no corresponder ello a la cabal ejecución de las previsiones del plan especial, todo ello serían cuestiones ajenas a las que ahora procede tratar, pues si se considera que la decisión de revocación de la autorización municipal para la ocupación del dominio público 14-2-2020 sustentada en que se había producido la cesión de los terrenos a la universidad era contraria a derecho, debió recurrirse tal resolución, lo que no se hizo, sin que ahora pueda pretenderse la revisión de una actividad administrativa que no forma parte del objeto de este recurso c-a. Por lo demás, y si de impugnación indirecta habláramos, solo cabe pensar – afirmación que hago únicamente a efectos dialécticos, forzando el argumento – que el acto de aplicación que justificaría tal impugnación aparecería integrado por aquella decisión de revocación, pero sin que en ningún caso pudiera considerarse tal una ficción desestimatoria de una reclamación de responsabilidad patrimonial sustentada en aquella revocación.*

Y tampoco existe en la apelación argumento contra la fundamentación de la exclusión responsabilidad patrimonial por la existencia de un acto firme, que excluye la antijuricidad, por lo que la recurrente debe soportar el daño que dice haber sufrido: *el daño que se considera por el recurrente antijurídico deriva de una decisión de revocación, que es un acto no recurrido y que se presume válido desde la fecha en que se dictó (art. 39.1 ley 39/15), no puede considerarse aquella antijuricidad, pues el recurrente habrá de soportar el daño derivado de un acto válido, de donde resultará que el daño no es antijurídico. Solo, y en determinadas condiciones que no es el caso exponer, podría hablarse de un daño antijurídico por referencia a un anulado en sede jurisdiccional o en vía administrativa, que no es el caso (párrafo segundo del art. 32.1 ley 40/15).*

En efecto consta que en el expediente de revocación de la autorización concedida a la ahora apelante para la ocupación con meses y sillas por el periodo 2017, con colocación de toldo con soporte móvil en los ejercicios 2018 y 2019, que concluyó con el Decreto de 14-2-2020 en atención a que la titularidad del suelo no pertenecía al Ayuntamiento sino a la Universidad de Málaga, Decreto que considera la recurrente ahora apelante causa un daño antijurídico, fue dada audiencia a la misma tras ser incoado por el Ayuntamiento al recibir notificación dirigida por la Universidad de Málaga, señalando que va a realizar la delimitación de la propiedad en la que está situado el local arrendado por la entidad recurrente por medio de vallado, por ser la parcela en la que está situado el establecimiento propiedad de la Universidad. Tras informe del Servicio de Patrimonio Municipal de la Gerencia Municipal de Urbanismo Obras e Infraestructuras de 20 de noviembre de 2019, en el sentido que la parcela en la que está situado el establecimiento fue aportada por el Ayuntamiento, pasando a titularidad de la Universidad de Málaga el 30 de noviembre de 2010, se procedió a otorgar trámite de audiencia a la ahora apelante que presenta alegaciones y posteriormente, resolviendo estas alegaciones, se dicta la resolución revocando la autorización concedida, que no fue recurrida por la misma, por lo



que no es de recibo argumentar como se hace vía de responsabilidad patrimonial que el suelo es municipal.

QUINTO.- Como antes fue anticipado, tampoco en la apelación es realizada alegación alguna sobre la acertada fundamentación que en auto que deniega la aclaración hace sobre la imposición de costas.

Abundando en lo dicho en el referido auto, la imposición de costas rige por el principio objetivo del vencimiento, por ello no es necesidad de más razonamiento, puesto que, como dice el ATS, Sala Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del 01/12/16, Recurso: 368/2016, y, en el mismo sentido dice la STS de 12 de febrero de 2018, Recurso: 3011/2016, en su FD 6º:

“.....Decíamos recientemente, en sentencia de 19 de enero de 2017 -recurso de casación 168/2016 -, y debemos reiterar ahora lo siguiente:

"El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 139 LJCA , se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Esta previsión se configura como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Habrá que convenir que, la fórmula utilizada de "... serias dudas de hecho o de derecho", constituye un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificultará no sólo la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso.

Este Sala, además, tiene dicho que la expresión «serias dudas» demanda una aplicación restrictiva, pues las discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho han de revestir una entidad tal que justifique la excepción (ATS 5 de junio de 2012, rec. 258/2012)".

No es preceptiva poner limitación al importe de las costas, sin perjuicio de lo que proceda en el correspondiente pieza de tasación, en su caso, *“la queja en relación a que no se hubiera establecido un tope máximo en la condena en costas, posibilidad -no obligación- admitida legalmente, por lo que, además de no ser una cuestión revisable en casación, es una facultad sometida a la exclusiva decisión de la Sala de instancia”* (STS 2457/2016, del 17 de noviembre de 2016, Recurso: 3895/2015, entre otras). Sin que al efecto pueda invocarse Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 13 de marzo 2019, que va de suyo no es una norma jurídica, y como el mismo indica, no tiene carácter jurisdiccional, es decir es gubernativo *“interna còrporis”*, que además, como apunta el auto dictado por el Juzgado, como señala la STS de 8 de mayo de 2015 (rec. 422/2014) al FD 7º, que con cita de la previa de 11 de mayo de 2009 (rec. 113/2007), *carece de efectos jurídicos cualquier opinión que de dichas resoluciones resulte mayoritaria, ni respecto a quienes la realizan, ni tampoco frente a terceros, no siendo susceptible, ni de impugnación jurisdiccional, pues no es un acto judicial, ni tampoco administrativa, pues no es un acto administrativo, al no producir efecto jurídico alguno. “ Porque estos Plenos del artículo 264 no se enmarcan en un proceso en trámite aún cuando se celebren para fijar criterios sobre cuestiones a resolver en procesos concretos, tal y como acontece en el caso que nos ocupa, sino que se desenvuelven al margen del proceso, esto es, no administran propiamente Justicia ni resuelven recursos; siendo de recordar que el artículo 12 LOPJ*



establece: 1º) que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial"; 2º) que "no podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan; y 3º), que "tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Resulta, por tanto, que siendo la finalidad de esos plenos la de unificar criterios y coordinar las prácticas procesales en el ámbito de la Sala, en tal ha de quedar circunscritos sus efectos, sin que pueda pretenderse, como hace el recurrente – sin ofrecer razón jurídica alguna – suerte alguna de vinculación para este órgano judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

En los recursos contra acto presunto de la Administración no quiebra el principio del vencimiento objetivo para la imposición de costas, dado que, como señala la STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 7708/2018), “no puede estimarse como regla general, como parece pretenderse en el recurso, que la ausencia de resolución expresa genera excluir el criterio del vencimiento, que es la regla general y primaria para la imposición de costas. Y ello sin perjuicio de que el Tribunal que dicte la resolución que ponga fin al proceso o sus incidentes, pueda estimar y razonar, que esa ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal, acogiendo la excepción que el mismo precepto procesal autoriza.”

SEXTO.- Procede la imposición de costas a la parte apelante conforme al art. 139.2 y 3 Ley 29/98, excluidas las de la aseguradora, como hizo la sentencia de instancia en pronunciamiento no recurrido.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de EL GRAN CAFÉ DE TEATINOS, S.L., contra la sentencia nº 207/2023, de 19 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº TRES de MÁLAGA, al PO 387/21.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte apelante, excluidas las de la aseguradora.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, 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 art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.





Lo mandó la Sala y firman las/el Magistradas/o Ilmas/o. Sras/r. al inicio reseñadas/o.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



