



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.: 2906745320230001597. Órgano origen: Sección de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Instancia de Málaga. Plaza nº 5 Asunto origen: PMC 199/2023

Procedimiento: Recurso de Apelación 1177/2023.

De: APARTAMENTOS MALAGA PREMIUM, S.L.

Procurador/a: MARTA MERINO GASPAS

Letrado/a: ELISARDO SANCHEZ PEÑA

Contra: ASOCIACION VECINOS CENTRO ANTIGUO DE MALAGA y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Procurador/a: EULALIA NATALIA GARCIA MORENO

Letrado/a: JOSE MARIA SERRANO MOLINA y S.J.AYUNT. MALAGA

SENTENCIA NÚMERO 1071/2026

RECURSO APELACIÓN Nº 1177/2023

ILUSTRÍSIMA/OS SEÑORA/ES:

PRESIDENTE

D^a. TERESA GÓMEZ PASTOR

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D. JOSÉ MANUEL IZQUIERO SALVATIERRA

Sección Funcional 3^a

En la Ciudad de Málaga, a 27 de mayo de 2026

Esta Sala ha visto el presente recurso de apelación número 1177/2023, seguido a instancia de Procuradora Sra. Merino Gaspar, en nombre y representación de APARTAMENTOS MÁLAGA PREMIUM S.L, asistida por el Letrado Sr. Sánchez Peña, frente al auto nº 150/2023, de 18 de marzo 2023 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga, en la pieza separada de medida cautelares 199.1/23, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por Letrado de la Asesoría Jurídica Municipal, y la ASOCIACIÓN DE VECINOS CENTRO ANTIGÜO DE MÁLAGA, representada por la Procuradora Sra. García Moreno y asistida por el Letrado Sr. Serrano Molina.



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

1 ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto impugnada desestima la adopción de medida cautelar instada por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- La parte apelante interpone y sustancia recurso de apelación con escrito de 2/10/2023, donde expone cuanto tiene por oportuno para pedir resolución que, estimando el presente recurso de apelación revoque el Auto impugnado y estime íntegramente el presente recurso y, en su consecuencia 1)Reponga las actuaciones para que por el Juzgador a quo se dicte Auto motivado, congruente y sin prejuzgar el fondo de la litis. 2)

Supletoria y alternativamente, se dicte por la Sala resolución concediendo la suspensión del acto administrativo recurrido en las presentes actuaciones, procedimiento ordinario 199/2023..

TERCERO.- El Ayuntamiento apelado formaliza su oposición en escrito de 17/10/23 donde expone cuanto tiene por oportuno para pedir Resolución por la que desestime el recurso de apelación interpuesto y confirme el Auto impugnado, con imposición de costas a la actora.

La Asociación apelada formaliza su oposición en escrito de 7/11/23 donde expone cuanto tiene por oportuno para pedir Resolución por la que desestime el Recurso de Apelación interpuesto y confirme el Auto impugnado, con imposición de costas a la actora.

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 ni prueba, en providencia de 13/05/2026 es realizado el señalamiento para deliberación, votación y fallo, acto que tuvo lugar hoy.

En Diligencia de 3 junio 2025 se constata que ue el procedimiento ordinario nº 199/2023 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Málaga del cual dimana la pieza de medida cautelar cuyo auto de 18/09/2023 es objeto el presente recurso se apelación, ha sido acumulado por auto de 5/03/202 al procedimiento ordinario nº 172/2023 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Málaga, donde continúa su tramitación.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

3

PRIMERO.- El auto apelado dispone:

“No ha lugar a adoptar la medida cautelar interesada por APARTAMENTOS MÁLAGA PREMIUM S.L solicitada en la pieza separada 199.01/2023 dimanante del procedimiento ordinario 199/2023, por los motivos esgrimidos en la presente resolución, y todo ello, sin hacer expreso pronunciamiento de las costas procesales”

Según el hecho primero del auto la medida cautelar es instada contra desestimación por



silencio del recurso de alzada presentado contra la toma de conocimiento dictada por el Servicio de aperturas del área de Gobierno de Comercio, Gestión Pública, y Fomento de la Actividad Empresarial del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, al establecimiento destinado a apartamentos turísticos con actividad complementaria de hostelería sin música y sin cocina sito en la calle Granada de Málaga, por la que se establecen unas limitaciones a la Declaración Responsable, entre ellas, el establecimiento en el apartado Observaciones “ El bar ubicado en la planta sexta sólo podrá ser utilizado por los clientes del hotel, en ningún caso podrá utilizarse por el público en general. En base a la calificación ambiental definitiva de fecha 30/03/2022 en aplicación del Régimen Transitorio de la Declaración de Zonas Acústicamente Saturadas (BOP nº 13 de fecha 21/01/2020).

La medida cautelar de suspensión del acto impugnado es desestimada, una vez expuesta la normativa y jurisprudencia, así como las alegaciones de las partes, que estima aplicables, diciendo:

4

“...TERCERO.- En base a lo anterior, en el caso de autos, la medida cautelar solicitada ha de ser denegada. La parte recurrente pretende que sea suspendido cautelarmente una limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, y que será objeto de análisis, como cuestión de fondo en el procedimiento principal, argumentando que le causa perjuicio económico como entidad mercantil así como a terceros vinculados con ella.

Efectivamente el artículo 117 de la Ley 39/2015 recoge que la interposición de cualquier recurso, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pudiéndose acordar cuando de la ejecución pudiera irrogarse perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de la causas de nulidad de pleno derecho, prevista en el artículo 47 de la Ley, y que no han sido alegadas por el recurrente.

Partimos que la actividad que desempeña la mercantil en la calle Granada de Málaga según consta en la resolución que ha sido objeto de impugnación es la de Apartamentos Turísticos, en categoría con actividad complementaria de hostelería sin música y sin cocina , con horario de 6.00 horas a 02.00 horas para la actividad de hostelería complementaria.

El contenido de las Observaciones donde se limita el uso de la terraza exclusivamente para clientes, lo fundamenta la Administración en la Calificación Ambiental definitiva de fecha 30/03/2022 en aplicación del Régimen Transitorio de la Declaración de Zonas acústicamente saturadas de fecha 21/01/2020 y que prohíbe la ampliación o instalación de nuevos establecimientos fijos excluyendo los eventuales, en los que se celebren, o se desarrollen espectáculos públicos y actividades recreativas de otra índole, por lo que, la observación contenida en el informe es acorde con la normativa aplicable, sin que deba admitirse que el recurrente posea derecho alguno sobre el desarrollo de la actividad más allá de la permitida legalmente, máxime cuando, no se acredita, no solo el perjuicio grave económico, pues desde el inicio de la actividad, ya estaba sujeto a la normativa de las Zonas Acústicamente Saturadas, sino también, el perjuicio irrogado a trabajadores en su condición de terceros, pues en el informe no se indica el cierre de la terraza sino la limitación del uso exclusivo para clientes, pudiendo mantener iguales puestos de trabajo para el desempeño de la actividad dentro de lo legalmente permitido. Y sin embargo, si que se aprecia un perjuicio para el interés general, pues se permitiría una actividad contraria a la normativa aplicable como ZAS, así como que perjudicaría notablemente a los vecinos de la zona centro de Málaga, y que fueron protegidos por nuestros Tribunales



mediante las resoluciones pertinentes en procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales.

A la vista de ello, no cumpliéndose los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, y en concreto, el fummus bonus iuris o apariencia de buen derecho, e incluso del periculum in mora, la petición de la medida ha de ser desestimada. ...

5

6SEGUNDO.-La parte apelante alega:

7

- Se plantea como primer motivo de recurso el error en que incurre el Auto recurrido en la interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la incongruencia omisiva que, en lo que a la jurisdicción contencioso-administrativa se refiere, aparece regulado en el art. 33 de la LJCA.

Dicho artículo 33.1º dispone: ...

Pues bien, uno de los argumentos expuestos en nuestra solicitud de medida cautelar, concretamente el primero de ellos, hacía referencia a la suspensión automática del acto recurrido al amparo del apartado tercero del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo tenor es el siguiente: ...

Y ello por cuanto mi representada interpuso con fecha 26/01/2023 recurso en el que solicitó la suspensión del acto administrativo y transcurrió con creces el plazo de un mes que refiere el precepto transcrito sin que la Administración actuante adoptara ninguna resolución respecto de la suspensión instada. Entiende esta parte que en base a ello el acto recurrido quedaba automáticamente suspendido en vía administrativa sin necesidad de reconocimiento expresado de la Administración y asimismo, debió ser concedida/mantenida la suspensión en vía jurisdiccional.

Pues bien, a pesar de ser este argumento, como se ha dicho, el primero de los expuestos a la hora de solicitar la suspensión, el Auto dictado en la pieza separada de medida cautelar lo ignora por completo (lo que nos obliga a reiterarlo en la alegación tercera) incurriendo por tanto en la prohibida por la más reconocida Jurisprudencia de nuestros altos Tribunales, incongruencia omisiva, lo que debe, salvo mejor criterio del Juzgador *ad quem*, dar lugar a la anulación de la resolución recurrida con retroacción de actuaciones a fin de que se resuelva al respecto.

La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de congruencia se encuentra recogida, entre otras muchas, en las Sentencias 8/2004, de 9 de febrero; 146/2004 de 13 de septiembre; 246/2004, de 20 de diciembre; 250/2004, de 20 de diciembre; 52/2005, de 14 de marzo; 95/2005, de 18 de abril.

De sus muchos matices, son de destacar para supuestos como el que ahora nos ocupa que el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso. Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la resolución judicial (Auto en este caso) guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o *ex silentio* que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por ese vicio genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso.



En este sentido, consideramos que el Juzgador *a quo* debió dar respuesta a la totalidad de las cuestiones planteadas, y, sin embargo, nada se resuelve sobre la aplicación (o mejor dicho, inaplicación por parte de la Administración) del artículo 117.3 LPA invocado.

Lo que no puede quedar sin respuesta no es cualquier cuestión, sino, en rigor, una pretensión, una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o causa petendi como lo es la exigencia legal de suspensión automática ignorada tanto por la Administración demandada como por el propio Juzgado.

El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos --partes-- y objetivos --causa de pedir y petitum--. Cifrándonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre. Y se puede constatar sin ningún género de duda que el Auto recurrido hace caso omiso a la primera alegación formulada por esta parte y ya reiteradamente referida incurriendo por ello en incongruencia omisiva y consiguientemente causando indefensión.

Y entendemos que nos encontramos ante una incongruencia constitucionalmente relevante pues la alegación de esta parte omitida en el Auto recurrido deja imprejuizada una cuestión principal objeto de la solicitud de suspensión instada, cuestión eminentemente jurídica que debió ser analizada.

- Se plantea como segundo motivo de recurso la vulneración del art. 24 CE al prejuzgar el Auto impugnado el fondo de asunto, y por ello, además, se vulnera la interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a esta cuestión.

Plenamente conocida es la prohibición de prejuzgar el fondo del asunto como incluso así se reconoce expresamente en el Auto recurrido en su Razonamiento Jurídico Primero (párrafo quinto del mismo).

A pesar de ello, de forma absolutamente incoherente con lo manifestado en dicho Razonamiento Jurídico Primero, en el Fundamento Jurídico Tercero del Auto (párrafos tercero y cuarto), el Juzgador *a quo* entra de lleno en la cuestión de fondo objeto de la presente litis, lo que ha sorprendido sobremanera a esta parte recurrente.

El Auto realiza una serie de apreciaciones que nada tienen que ver con la medida cautelar solicitada y sí con la cuestión de fondo objeto de la litis. Viene a decir que *"la observación contenida en el informe (de la Administración) es acorde con la normativa aplicable, sin que deba admitirse que el recurrente posea derecho alguno sobre el desarrollo de la actividad más allá de la permitida legalmente ... ya estaba sujeto a la normativa de las Zonas Acústicamente saturadas ..."*. No se está debatiendo en la pieza separada si la recurrente está sometida o no a dicha normativa del ZAS pues ello será objeto de debate al analizar la cuestión de fondo:

Partimos que la actividad que desempeña la mercantil en la calle Granada de Málaga según consta en la resolución que ha sido objeto de impugnación es la de Apartamentos Turísticos, en categoría con actividad complementaria de hostelería sin música y sin cocina, con horario de 6.00 horas a 02.00 horas para la actividad de hostelería complementaria.

El contenido de las Observaciones donde se limita el uso de la terraza exclusivamente para clientes, lo fundamenta la Administración en la Calificación Ambiental definitiva de fecha 30/03/2022 en aplicación del Régimen Transitorio de la Declaración de Zonas acústicamente saturadas de fecha 21/01/2020 y que prohíbe la ampliación o instalación de nuevos establecimientos fijos excluyendo los eventuales, en los que se celebren, o se desarrollen espectáculos públicos y actividades recreativas de otra índole, por lo que, la



observación contenida en el informe es acorde con la normativa aplicable, sin que deba admitirse que el recurrente posea derecho alguno sobre el desarrollo de la actividad más allá de la permitida legalmente, máxime cuando, no se acredita, no solo el perjuicio grave económico, pues desde el inicio de la actividad, ya estaba sujeto a la normativa de las Zonas Acústicamente Saturadas, sino también, el perjuicio irrogado a trabajadores en su condición de terceros, pues en el informe no se indica el cierre de la terraza sino la limitación del uso exclusivo para clientes, pudiendo mantener iguales puestos de trabajo para el desempeño de la actividad dentro de lo legalmente permitido. Y sin embargo, si que se aprecia un perjuicio para el interés general, pues se permitiría una actividad contraria a la normativa aplicable como ZAS, así como que perjudicaría notablemente a los vecinos de la zona centro de Málaga, y que fueron protegidos por nuestros Tribunales mediante las resoluciones pertinentes en procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales.

Vemos por tanto otra flagrante infracción de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, lo que causa una total indefensión e impide o dificulta la existencia de un juicio imparcial y contradictorio en la medida que el Juzgador *a quo*, previamente al trámite de demanda, contestación y base probatoria, está realizando un juicio sobre el objeto de debate del procedimiento judicial.

Dice el citado precepto de nuestra constitución que: ...

El derecho a la tutela judicial efectiva incluye, como así recoge el precepto, entre otros muchos, el derecho a un proceso judicial con todas las garantías y a utilizar todos los medios de prueba en defensa de sus derechos.

Sin embargo, al entrar en el fondo de la cuestión objeto de debate y no limitarse el Juzgador *a quo* a las cuestiones relevantes para conceder o denegar la suspensión solicitada, se están vulnerando todos estos derechos pues ya de entrada, sin haber tenido esta parte oportunidad de deducir la demanda ni proponer y practicar los medios de prueba que estime oportunos, el Juzgado *a quo* está haciendo valoraciones de fondo que, no cabe duda, ya dan una muestra o indicios -dicho sea con todos los respetos y en estrictos términos de defensa- de cuál va a ser el resuelto del pleito. Es por ello que nos encontramos ante una resolución judicial que debe ser anulada con las consecuencias legales inherentes a tal anulación al adolecer de un vicio insubsanable.

Es un criterio sólidamente arraigado en la jurisprudencia y doctrina más autorizada que en la pieza separada de medida cautelar no puede el Juzgador adentrarse demasiado en la cuestión de fondo, en evitación de un perjuicio sobre la misma que resultaría difícilmente compatible con las garantías de contradicción y prueba que también son inherentes al derecho del citado art. 24 de la Constitución, al carecerse todavía de los suficientes elementos de conocimiento para que tal enjuiciamiento pueda ser debidamente realizado.

Por citar una de las innumerables sentencias que recogen este principio, mencionamos la del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de fecha 10 de febrero de 2010, dictada en el recurso 1802/2008, que dice así:

En palabras del ATS de 17 de octubre de 2017, recurso de casación nº 599/2017: ..

- En relación a la primera alegación. Se alega como tercer motivo de recurso la vulneración del artículo 117.3º de la Ley 39/2015, argüido en nuestra solicitud de medida cautelar.

Debemos indicar que la medida cautelar solicitada en sede judicial fue previamente solicitada en sede administrativa conforme a nuestro recurso presentado el día 26 de enero de 2023.



En concreto, por medio de OTROSI DIGO, de manera independiente y perfectamente identificada, se solicitó medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la resolución en los siguientes términos:

“En su virtud,
SOLICITA la suspensión del acto administrativo recurrido aunque únicamente en cuanto a la limitación de uso de la terraza que contiene en su apartado de “Observaciones” conforme al art. 117 Ley 39/2015, por ser Justicia que reitera en el lugar y fecha reseñados.”

Haciendo mención expresa al artículo 117 de la Ley 39/2015 que indica en sus apartados 2 y 3 lo siguiente: ...

Es evidente, y así viene ampliamente recogido por nuestra jurisprudencia, que en el caso de la solicitud de medida cautelar en sede administrativa, opera el silencio positivo automático si, transcurrido un mes, no existe resolución expresa al respecto.

Pues bien, en nuestro caso, se presentó recurso administrativo frente (entre otro) la toma de conocimiento de la declaración responsable y el mismo, incluso a día de hoy, no ha merecido resolución por el Área de Aperturas.

Por tanto, el silencio opera de manera positiva sin posibilidad, en este momento, de negarlo o oponerse al mismo por la Administración.

Como bien viene a indicar nuestro Tribunal Supremo en una reciente sentencia de 28 de mayo de 2020 (otras, también, como la de 21 de junio de 2021): ..

Continúa la Sentencia: ..

Pues bien, además, en nuestro caso si se ha promovido/solicitado la suspensión de la ejecutividad conforme al art. 117 de la Ley 39/2015, no mereciendo esta mercantil resolución expresa alguna de la citada solicitud.

Así, hacemos nuestra también la Recentísima Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2022, Rec: 2650/2021: ...

Continúa la misma: ...

Por tanto, haciendo nuestra toda esta relevante jurisprudencia (ya asentada y reiterada desde la antigua Ley 30/1992) correspondía haber adoptado en vía administrativa la suspensión automática de la resolución administrativa y, por ende, procedía que el Juzgador *a quo* reconociera tal derecho a la entidad recurrente, que debió ser concedida y por tanto, mantenida en vía jurisdiccional. Pero no solo no lo reconoce sino que adoptando una resolución judicial omitiendo toda referencia a este derecho de la administrada legalmente reconocido, incurriendo por ello en la antes alegada incongruencia omisiva pues fue expresamente alegado por esta parte como primer motivo de suspensión.

En caso de estimación total o parcial del recurso, cada una de las partes se haría cargo de sus costas de esta apelación (art. 398.2 LEC).

TERCERO.- El Ayuntamiento apelada opone:

- Pese a lo que afirma la actora, el Auto impugnado es conforme a derecho pues en el mismo no se incurre en incongruencia omisiva, con infracción del artículo 33 de la LJCA, aunque dicho Auto no admita la alegación de la recurrente relativa al artículo 117.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Efectivamente, en los Razonamientos Jurídicos SEGUNDO y TERCERO del Auto impugnado, se observa que el Juzgado *a quo* valoró dicha alegación de la actora, aunque no la consideró pertinente, puesto que señaló al respecto que: “... La parte recurrente pretende que sea suspendido cautelarmente una limitación contenida en el informe sobre



la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, y que será objeto de análisis, como cuestión de fondo en el procedimiento principal, argumentando que le causa perjuicio económico como entidad mercantil así como a terceros vinculados con ella.

Efectivamente el artículo 117 de la Ley 39/2015 recoge que la interposición de cualquier recurso, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pudiéndose acordar cuando de la ejecución pudiera irrogarse perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, prevista en el artículo 47 de la Ley, y que no han sido alegadas por el recurrente...”

En consecuencia resulta incierto que en el Auto no se analice dicha argumentación de la actora, pese a que en el mismo no se considere viable la suspensión automática de una limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, en base a lo dispuesto en el artículo 117.3 de la LPAC, ya que no se adujo por la recurrente en vía administrativa alguna de las causas de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47, ni se consideró que de la ejecución pudieran causarse perjuicios de imposible o difícil reparación. Por tanto en el Auto no se incurre en incongruencia omisiva alguna, lo que ocurre es que su contenido no satisface los intereses de la recurrente.

Además, como ya se indicó ante la petición de medida cautelar de la actora, resulta incongruente que se pretenda por ésta la suspensión de una limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, puesto que como se señala en el informe que aportamos como Documento número 1

“... El traslado del informe de la Toma de Conocimiento tiene carácter de mero acto de trámite ya que según el artículo 14.2, apartado a) de la Ordenanza reguladora del Procedimiento de Ejercicio de Actividades mediante Declaración Responsable, Comunicación Previa y Licencia de Apertura de Establecimientos (ORPEA) establece que “el referido informe se incorporará al expediente como archivo del mismo a efectos administrativos internos, no suponiendo autorización administrativa para ejercer una actividad sino un medio para que la Administración conozca la existencia de dicha actividad y posibilitar las actuaciones de control e inspección pertinentes”. Es por ello que, no pone fin a la vía administrativa ni cabe recurso alguno frente el mismo...”

- En segundo lugar la actora alega que en el Auto se infringe lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española, al entrar en el fondo del asunto y prejuzgar el fallo que se pueda dictar en la Sentencia. Sin embargo esta afirmación tampoco es cierta, puesto que el Juzgado *a quo*, en el Razonamiento Jurídico TERCERO del Auto impugnado, se limita a valorar la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) conforme se dispone en el artículo 130 de la LJCA. Así se precisa que: *“...La parte recurrente pretende que sea suspendido cautelarmente una limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, y que será objeto de análisis, como cuestión de fondo en el procedimiento principal, argumentando que le causa perjuicio económico como entidad mercantil así como a terceros vinculados con ella...”* Es pues evidente que el Juzgado *a quo* no entra a valorar la “cuestión de fondo”, sino únicamente el denominado *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho que, al adoptar o no la medida cautelar solicitada, se ha de ponderar.

Efectivamente, como con acierto se indica en el Auto impugnado, pese a lo argumentado por la parte actora, estaba plenamente justificado no acceder a su pretensión de suspensión del acto impugnado dado que, además que la recurrente pretendía la suspensión de un acto de trámite como era el informe sobre la toma de conocimiento del



trámite de la Declaración Responsable, “... El contenido de las Observaciones donde se limita el uso de la terraza exclusivamente para clientes, lo fundamenta la Administración en la Calificación Ambiental definitiva de fecha 30/03/2022 en aplicación del Régimen Transitorio de la Declaración de Zonas acústicamente saturadas de fecha 21/01/2020 y que prohíbe la ampliación o instalación de nuevos establecimientos fijos excluyendo los eventuales, en los que se celebren, o se desarrollen espectáculos públicos y actividades recreativas de otra índole, por lo que, la observación contenida en el informe es acorde con la normativa aplicable, sin que deba admitirse que el recurrente posea derecho alguno sobre el desarrollo de la actividad más allá de la permitida legalmente, máxime cuando, no se acredita, no solo el perjuicio grave económico, pues desde el inicio de la actividad, ya estaba sujeto a la normativa de las Zonas Acústicamente Saturadas, sino también, el perjuicio irrogado a trabajadores en su condición de terceros, pues en el informe no se indica el cierre de la terraza sino la limitación del uso exclusivo para clientes, pudiendo mantener iguales puestos de trabajo para el desempeño de la actividad dentro de lo legalmente permitido. Y sin embargo, sí que se aprecia un perjuicio para el interés general, pues se permitiría una actividad contraria a la normativa aplicable como ZAS, así como que perjudicaría notablemente a los vecinos de la zona centro de Málaga, y que fueron protegidos por nuestros Tribunales mediante las resoluciones pertinentes en procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales...”

Se observa nítidamente que el Juzgado *a quo* en el Auto apelado no entra a valorar el fondo del asunto, sino que se limita a ponderar la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) del informe que se pretendía “suspender” por la actora y de los perjuicios que se le podrían ocasionar a ésta en comparación con los producidos al interés general. A estos efectos adjuntamos nuevamente copia del informe emitido por el Servicio de Aperturas del Ayuntamiento de Málaga que ya consta en autos y que fue valorado en el Auto impugnado. Es decir, el Juzgado *a quo* ha realizado la labor propia de un órgano judicial que analiza la procedencia de una medida cautelar dentro de un procedimiento como el que nos ocupa.

-Finalmente la parte actora reitera su argumentación relativa a la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la LPAC por el Juzgado *a quo*. En este sentido ya hemos argumentado que dicha afirmación no es correcta, puesto que como señalábamos anteriormente el traslado del informe de la Toma de Conocimiento, objeto del inadecuado recurso de alzada interpuesto en vía administrativa por la actora, **tiene carácter de mero acto de trámite** ya que en el artículo 14.2, apartado a) de la Ordenanza reguladora del Procedimiento de Ejercicio de Actividades mediante Declaración Responsable, Comunicación Previa y Licencia de Apertura de Establecimientos (ORPEA) se establece que “el referido informe se incorporará al expediente como archivo del mismo a efectos administrativos internos, no suponiendo autorización administrativa para ejercer una actividad sino un medio para que la Administración conozca la existencia de dicha actividad y posibilitar las actuaciones de control e inspección pertinentes”. Es por ello que, no pone fin a la vía administrativa ni cabe recurso alguno frente el mismo. En consecuencia la suspensión automática prevista en el artículo 117.3 de la LPAC era improcedente, por estas razones y por lo expuesto en el Auto impugnado ya que “... el artículo 117 de la Ley 39/2015 recoge que la interposición de cualquier recurso, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pudiéndose acordar cuando de la ejecución pudiera irrogarse perjuicios de imposible o difícil reparación o que la impugnación se



fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, prevista en el artículo 47 de la Ley, y que no han sido alegadas por el recurrente...”

CUARTO.- La Asociación apelada opone:

- No se incurre en incongruencia omisiva.

Al contrario de lo manifestado por la recurrente el Auto es conforme a derecho y no incurre en ninguna incongruencia omisiva, ni se produce vulneración del artículo 33 de la LJCA.

Al contrario de lo manifestado por el recurrente, el Juzgador si valora lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, y así lo indica en su Razonamiento Jurídico Tercero, todo ello por cuanto se solicitaba por el recurrente la suspensión automática de una *limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable* (que cómo ya se argumentó, no es un acto administrativo y no se puede suspender) sin aducir ni alegar las concurrencia de las causas establecidas en el art. 117.2 LPAC, y por tanto, el Juzgador a quo en su valoración razonada, **considera que no se cumplen los requisitos para la adopción de la medida cautelar, y por tanto, rechaza la petición de suspensión automática del acto recurrido.**

No existe ninguna incongruencia omisiva, sino que lo que ocurre es que el Auto no satisface los intereses del recurrente. Porque además, y como ya planteamos en nuestra oposición a la adopción de la medida cautelar su adopción, sería improcedente, dado que no se cumplen los requisitos formales para la solicitud y adopción automática de la medida solicitada **porque no existe ningún acto ejecutable, y por tanto, no existe acto que suspender, y en cualquier caso dicha solicitud se presentó fuera de plazo de recurso.**

- No se produce la vulneración del artículo 24 CE. el auto recurrido no prejuzga el fondo del asunto.

Como segundo motivo de recurso plantea la recurrente que el Auto prejuzga el fondo del asunto, y vulnera el artículo 24 de la Constitución Española. Ello es INCIERTO.

Así, en el Razonamiento Jurídico Tercero del Auto recurrido, se indica que *“La parte recurrente pretende que sea suspendido cautelarmente una limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable, y que será objeto de análisis, como cuestión de fondo en el procedimiento principal, argumentando que le causa perjuicio económico como entidad mercantil así como a terceros vinculados a ella”*.

Como bien indica el Auto, la limitación contenida en el informe sobre la toma de conocimiento del trámite de la Declaración Responsable que se recurre será objeto de análisis como cuestión de fondo en el procedimiento principal, y en ningún momento se entra sobre la misma en el Auto. El Auto, únicamente valora y pondera si se cumplen o no los requisitos para la adopción de la medida cautelar solicitada, y todo ello, sobre los argumentos esgrimidos por la recurrente en su solicitud.

Es necesario, de conformidad con lo establecido en el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, que por el juzgado se realice la *“ponderación, suficientemente razonada”* entre el perjuicio que causaría al interés público a terceros la suspensión, y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.

Y ello es lo que exclusivamente realiza el Auto, se limita a ponderar y razonar si se cumplen de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, y en concreto el fumus bonus iuris o apariencia de buen derecho, e incluso el periculum



in mora, y que como bien concluye, no se cumplen.

Y así se recoge en el Auto, en la parte que intencionadamente se ha obviado transcribir por el recurrente, cuando indica que *“máxime cuando, no se acredita, no solo el perjuicio grave económico,... sino también el perjuicio irrogado a trabajadores en su condición de terceros, pues en el informe no se indica el cierre de la terraza sino la limitación del uso exclusivo para clientes, pudiendo mantener iguales puestos de trabajo para el desempeño de la actividad dentro de lo legalmente permitido”*

A la vista de ello, no cumpliéndose los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, y en concreto, el fummus bonus iuris o apariencia de buen derecho, e incluso el periculum in mora, la petición de la medida ha de ser desestimada”.

Insistimos, el Auto razona y realiza la ponderación que exige la Ley para acordar la adopción o no de la medida cautelar, y lo que acuerda es la no adopción de la medida cautelar, y así lo indica, sin que en ningún momento entre en el fondo del asunto, que será objeto de análisis en el procedimiento principal.

- No se produce la vulneración del artículo 117.3 de la Ley 39/2015.

La parte recurrente considera que se vulnera el artículo 117.3 de la Ley 39/2015 y reitera la argumentación que ya realizó en su solicitud de medida cautelar. Pese a qué ya hemos indicado en el motivo primero que no procede la suspensión automática, nos reiteramos igualmente en nuestra argumentación esgrimida en la oposición a la medida cautelar.

No se ha producido en ningún caso la vulneración del artículo 117.3 de la Ley 39/2015, dado que nunca podría haberse adoptado la medida cautelar y su solicitud es improcedente por cuanto no se cumplen los requisitos formales para la solicitud y adopción automática de la medida solicitada. Así:

A) No existe ningún acto ejecutable, y por tanto, no existe acto que suspender.

El informe de Toma de Conocimiento que se pretende recurrir es un acto de trámite (y por tanto no ejecutable), dentro del procedimiento de Declaración Responsable, regulado en la Ordenanza reguladora del procedimiento de ejercicio de actividades mediante declaración responsable, comunicación previa y licencia de apertura de establecimientos. Dicha Ordenanza lo previene en su artículo 14.2 a), que establece que:

Cuando la declaración responsable se adecue al ordenamiento jurídico ésta habilitará al interesado para la puesta en marcha de la actividad desde el día de su presentación, emitiéndose informe de toma de conocimiento por la jefatura del servicio correspondiente declarándola ajustada a procedimiento. El referido informe se incorporará al expediente como archivo del mismo a efectos administrativos internos, NO SUPONIENDO AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA EJERCER UNA ACTIVIDAD sino un medio para que la Administración conozca la existencia de dicha actividad y posibilitar las actuaciones de control e inspección pertinentes.

Así, la Declaración Responsable y el informe de Toma de Conocimiento que se está recurriendo no es una Autorización administrativa.

El Recurrente pretende, con la presentación de una Declaración Responsable de Actividades – incompleta, en la que ni siquiera marca la actividad a realizar (pag 368 expediente administrativo – (en adelante expt.advo.) – adquirir un derecho para ejercer una actividad para la que no cumple los requisitos, y que en ningún caso podría realizar conforme a la Resolución de 6 de noviembre de 2020 del Área de Gobierno de Sostenibilidad Medioambiental (pág. 205-207 expt.advo) en el que se autorizada la actividad de apartamentos turísticos, teniendo en cuenta la ocupación de la terraza en la planta cubierta, pero *“para uso exclusivo de los huéspedes”*.

Por lo tanto, obviando dicha Resolución, del año 2020, en el que se otorga la Calificación



Ambiental Favorable Condicionada y en la que se establece el marco en el que se puede mover lo que se desarrolle en el establecimiento, y en concreto en la planta sexta del edificio, pretende el Recurrente, engañando a la administración haciéndole creer que es un Hotel-Apartamentos de 4*, que se le permita desarrollar una actividad de bar con terraza abierto al público en general en contra de la prohibición expresa del ZAS (cuando ni siquiera podría tener un Bar en la terraza).

Por el simple hecho de presentar una Declaración Responsable, **no se adquiere el derecho, y el Recurrente, extralimitándose de la actividad que hubiera podido desarrollar, dado que conforme a la Resolución de 6/11/2020, la terraza ubicada en la sexta planta es de uso exclusivo para clientes, con anterioridad a la Calificación Ambiental y Toma de Conocimiento, que en ningún caso podía ser más amplia, comenzó a desarrollar la actividad de bar abierto al público en general. Pero ello no significa que el Ayuntamiento le esté limitando actualmente la actividad a desarrollar, sino que lo que está es haciendo fijar las condiciones para el ejercicio de una actividad en base a la Declaración Responsable y documentación aportada, dentro de los límites ya fijados previamente en 2020 (aunque además, tampoco tendría derecho, porque insistimos, no puede existir un bar en la sexta planta porque es contrario a la normativa).**

No existe por tanto ningún acto ejecutable, dado que el Recurrente nunca podía haber desarrollado la actividad de bar con terraza abierta al público general, y por tanto, su limitación de apertura al público general no es ninguna restricción de un derecho, dado que no existía ni lo tenía concedido, ni nunca lo hubiera podido tener concedido.

Y ello incluso a pesar del engaño que indicamos quiere realizar, dado que, en el supuesto de que éste fuera un elemento esencial para un hotel de cuatro estrellas, lo sería porque es obligatorio ofrecer el servicio PARA LOS CLIENTES, pero en ningún caso para el público en general.

La intención del Recurrente en todo momento – como así reseñó en el contrato de arrendamiento – pág. 270 expt.advo.- era crear un “BAR DE COPAS” y para intentar conseguirlo ha intentado maquillar la realidad, engañar al Ayuntamiento, y obtener infructuosamente licencias y autorizaciones a las que no tiene derecho. Ha querido, y quiere, como así aporta, CELEBRAR FIESTAS, sin autorización, sin control alguno, contrario a la legalidad, y con los graves perjuicios y riesgos que ello implica.

B) Además, existen otros requisitos formales que impiden su solicitud y adopción:

a) La Toma de Conocimiento que se pretende recurrir es de fecha 14 de octubre de 2022, y el Recurso de Alzada se presentó en fecha 26.01.2023, y por tanto, de considerar la Toma de Conocimiento un acto administrativo, **este sería firme por haberse presentado fuera de plazo, y no cabría ni Recurso de Alzada, ni Recurso Contencioso Administrativo, ni solicitud de medida cautelar.**

b) Y en cualquier caso, la Toma de Conocimiento de la Calificación Ambiental que se pretende recurrir, según indica la información del Ayuntamiento, trae causa de la Calificación Ambiental Favorable Condicionada (CA 148/2020) para la actividad que se podía ejercer, y en la cual, según consta en la Resolución de fecha 6/11/2020 (pág. 205207 expt.advo.) se indica que **“la terraza ubicada en la planta cubierta del edificio será para uso exclusivo de los huéspedes”.**

Por lo tanto, partiendo de dicha base, la Declaración Responsable (pág. 367 expt. Advo) para la actividad de “Hotel-Apartamento 4* (Con bar en cubierta) sólo podía en su caso autorizarse para el uso exclusivo de huéspedes.

Por tanto, existía una Calificación Ambiental anterior, en la que el Recurrente ya



conocía los límites de su actividad (con los que ésta parte discrepa porque tampoco tiene derecho a ella), y sin embargo hizo caso omiso a la misma. La simple presentación de una Declaración Responsable no otorga derecho al ejercicio de una actividad no permitida. La toma de conocimiento sólo indicaría en qué condiciones puede desarrollarse la actividad, una vez que el organismo correspondiente ha corroborado el cumplimiento o no de los requisitos indicados en la Declaración Responsable para el desarrollo de la misma, por lo que si el Recurrente, extralimitándose en la actividad que podía ejercer – y que conocía conforme a la CA 148/2020-, decide abrir al público general la terraza ubicada en la sexta planta del edificio, lo hace bajo su responsabilidad, **sin que ello pueda significar que adquiriera el derecho a explotarla en tales condiciones, ni que ahora se le esté restringiendo, sino que nunca había adquirido derecho alguno para abrir al público en general un bar no permitido por el ZAS, al no tener concedida la licencia para ello, y no cumplir los requisitos indicados en la Declaración Responsable, ni en la Calificación Ambiental, ni en la Resolución de 6 de noviembre de 2020.**

Es más, insistimos, se le ha permitido su apertura a los clientes porque engañando al Ayuntamiento haciéndole creer que es un hotel de cuatro estrellas éste lo ha considerado necesario, pero no lo es, y por tanto, al no ser necesario para el establecimiento, tampoco puede estar abierto el bar para los clientes.

QUINTO.- El artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil aplicable supletoriamente a este jurisdicción conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. La correlación debe establecerse entre las pretensiones de la demanda y el resultado de la sentencia de forma que el primer término habrá que evaluar es lo que se solicitaba en la demanda y lo resuelto en de la sentencia.

Por ello, entre muchas, la STC 25/2912, de 27 de febrero de 2012, sobre la incongruencia omisiva, que es la alegada por la parte apelante en autos, dice que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

En el mismo sentido, entre muchas otras, las SSTs de 12 de Noviembre de 2007 (casación 2044/2004), 13 de marzo de 2006 (casación 3350/2000), 8 de mayo de 2006 (casación 6647/00) y 19 de junio de 2006 (casación 82/2001), señalan que el requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, Basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas. Y se han de ponderar, además, las circunstancias singulares para inferir si el silencio respecto de alguna pretensión ejercitada debe ser razonablemente interpretado como desestimación implícita o tácita de aquélla.



Así la STS nº 181/2019, del 18 de febrero de 2019, Recurso: 494/2016, en su FD 2º, la jurisprudencia viene indicando que la congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas). A tal efecto es significativa la sentencia del Tribunal Constitucional 146/2004, de 13 de septiembre, según la cual: "en la reciente STC 83/2004, de 10 de mayo, recordábamos que una consolidada jurisprudencia, que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o ex silentio como un "desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido" (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo), que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación "sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal" (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). La incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando "el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Consecuentemente el auto no incide en incongruencia, puesto que aunque no resuelve expresamente si hay o no vulneración del artículo 117.3º de la Ley 39/2015, se colige que considera que no existe puesto que desestima la medida cautelar. Y enlazando con el último motivo de apelación alegado, era innecesaria la alusión a dicha norma por no tener virtualidad a la hora de determinar en sede judicial si procede o no la adopción de medida cautelar. Como señalan, entre muchas las SSTS de 16 de enero de 2012, rec. 2303/11, 27 marzo 2013, rec 5708/11 o 7 marzo 2013, rec 1654/12, el marco normativo establecido en los arts. 129 y ss de la LJCA es "el único régimen jurídico aplicable y al que debe someterse el tribunal al que le piden, como medida cautelar, la suspensión de la ejecutividad de un acto administrativo, sancionador o no".

En concreto el art. 117.3 Ley 39/15, a efectos de obtener en sede judicial medida cautelar, carece de operatividad: *La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto'*

El párrafo transcrito tiene similar redacción que el párrafo cuarto del artículo 111 en la redacción originaria de la Ley 30/92 y Ley 4/99, cambiando los treinta días por un mes, manteniendo obligación específica, para este supuesto, en cuanto a la notificación de la resolución que introdujo la Ley 4/99.



A primera vista, si la Administración no hubiera resuelto el recurso, que al caso no acaece puesto que si resolvió, el acto presunto positivo, sería firme y consentido, sin que pudiera ejecutar la expulsión, por lo que sólo puede dejar sin efecto la administración bien mediante la revisión de oficio bien mediante la lesividad, por lo que a este acto hay que atenerse, limitándonos a declarar en vía judicial que la resolución objeto de recurso está suspensa por la propia administración, por lo que en realidad la presente pieza carece de objeto, no se puede acordar la suspensión de lo que ya está suspendido.

Sin embargo, no es ésta la interpretación correcta. Así en ya la STS de 24 de mayo de 2005, rec. 5475/2003, ante la alegación de los recurrentes en casación de la infracción del artículo 111.3 de la Ley 30/1992, dice al FD 3º *“de lo dispuesto en el número 4 de ese mismo precepto se desprende que el ámbito temporal de vigencia de la suspensión ope legis que ordena el número 3 concluye también, como regla general, al agotarse la vía administrativa y, en último término, cuando el órgano jurisdiccional decide, con sujeción ya a lo dispuesto en la Ley procesal, que la medida cautelar de suspensión no es procedente”*. Y este es el criterio que mantiene el TS en materia tributaria, así en la sentencia de 27 marzo 2008, rec. 1159/2007, FJ 6º *“...la suspensión automática establecida en el art. 35 de la Ley 1/1998, se circunscribe únicamente al ámbito administrativo y económico administrativo, por lo que la cuestión debía resolverse de acuerdo con las disposiciones sobre medidas cautelares de la Ley Jurisdiccional, negando que concurriese el presupuesto exigido en el art. 130...”*.

Por tanto, ceñido el art. 117.3 Ley 39/15, al ámbito administrativo, y no alegado otro motivo legal para acordar la suspensión, ésta debe ser desestimada.

SEXTO.- Al adoptar o no medidas cautelares en principio no cabe prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

Ahora bien como aportación jurisprudencial -y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos en los arts. 129 y ss LRJCA, aunque sí en el artículo 728 LEC- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, como recuerda la STS de 19 de febrero de 2019, rec. 456/2018, o el ATA de 17 de diciembre de 2024, rec. 727/2024, se hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiéndolo, al mismo tiempo, que no podrá ser tenida en cuenta al predicarse la nulidad de un acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, ello con la consecuencia de que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y



recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

El auto apelado no infringe esta doctrina, la cuestión si la actuación recurrida es o no un acto de trámite es reservada en el mismo para en fondo del litigio. La mención que hace a la normativa de aplicación en relación con la actuación administrativa que se pretende obtener, va de suyo que es realizada para determinar si *prima facie* concurre la apariencia de bien derecho, que niega, y sopesar los intereses en conflicto primando los intereses generales y de terceros respecto de los d de la recurrente: *se aprecia un perjuicio para el interés general, pues se permitiría una actividad contraria a la normativa aplicable como ZAS, así como que perjudicaría notablemente a los vecinos de la zona centro de Málaga, y que fueron protegidos por nuestros Tribunales mediante las resoluciones pertinentes en procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales*. En consonancia con lo dicho sobre el *fumus* y con que el sistema exige 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".

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso implica la condena en costas a la parte apelante conforme al art. 139.3 LRJCA, Ahora bien, dada la índole del asunto y la actividad procesal desplegada por la parte demanda, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de mil quinientos euros (1.000 €) por todos los conceptos, más IVA, a dividir por mitad entre cada parte apelada. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sección en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta (art. 139.4 LRJCA).

FALLO

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 interpuesto en nombre de APARTAMENTOS MÁLAGA PREMIUM S.L, frente al auto n.º 150/2023, de 18 de marzo 2023 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Málaga, al PO 199/23.

SEGUNDO.- Estar a lo dicho en el último fundamento jurídico en cuanto a las costas

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe, en su caso, 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 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.

Lo mandó la Sala y firman la/los Magistrada/os Ilma/os. Sra/res. al inicio referenciada/os.

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.





Faint, illegible text lines at the top of the page.

Faint, illegible text lines in the upper middle section.

Faint, illegible text lines in the middle section.

