

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

C/Tomás Heredia nº 26, Málaga
N.I.G.: 2906733020061002929
Procedimiento: **PIEZA SEPARADA** nº 1.310/2.006 - J.J.
Sección: **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE
MÁLAGA, SECCIÓN ÚNICA**
De: **MARIA FRANCISCA CARACUEL GARCIA y FELIX ROMERO MORENO**
Representante: **AVELINO BARRIONUEVO GENER.**
Contra: **CONSEJO DE GOBIERNO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA**
Representante: **LETRADO JUNTA DE ANDALUCÍA**

AUTO nº 1.392/2.006

ILTMOS. SRÉS.:

PRESIDENTE: DON JOAQUIN GARCIA BERNALDO DE QUIROS

MAGISTRADOS: DON MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

DOÑA MARÍA TERESA GÓMEZ PASTOR

En Málaga, a veintiuno de Noviembre de dos mil seis.

HECHOS

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Procurador Don Avelino Barrionuevo Gener, en nombre y representación de **DOÑA FRANCISCA CARACUEL GARCIA y DON FÉLIX ROMERO MORENO**, contra la actuación administrativa referenciada, se ha solicitado por la parte recurrente, la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo impugnado.

SEGUNDO.- Formada la correspondiente pieza separada, se ha concedido audiencia por **DIEZ DÍAS** a la parte demandada, para que pudiera alegar lo que estimara pertinente sobre la medida solicitada, con el resultado que obra en las actuaciones.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicitan los recurrentes al amparo del artículo 130 de la L.J.C.A. la suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 20 de Junio de 2.006, por el que se atribuía a la Consejería de Obras Públicas y Transportes el ejercicio de la potestad de planeamiento correspondiente al municipio de Marbella y ello en base a estimar que de no adoptarse tal medida, al momento de dictarse la sentencia y caso de ser estimatoria de sus pretensiones, el recurso habría perdido su finalidad, ya que estima que la Comunidad Autónoma puede realizar la aprobación inicial y posterior aprobación del planeamiento que corresponde al municipio y luego ser aprobado por la Junta de Andalucía y si la sentencia anulara el acto administrativo el Plan sectorial aprobado, con lo cual el recurso, a su entender, al haberse ejecutado el Acto, habría perdido su finalidad. Apelan a la autonomía local y al derecho al

ELMO. COU
7 NOV. 2006
**NOTIFICACION
AL PROCURADOR**

ejercicio de las competencias en materia urbanística, a la vulneración al principio de proporcionalidad, y del derecho fundamental de los ciudadanos de poder participar en los asuntos públicos y se refiere a que existió desviación de poder.

La Administración autonómica se opone a la suspensión solicitada en base a estimar que es inexistente la pérdida de la finalidad legítima del recurso, que los intereses generales se verían perjudicados por la suspensión e inexistente apariencia de buen derecho.

SEGUNDO.- Pues bien, partiendo de que para resolver la cuestión planteada debemos tener en cuenta que la posibilidad de suspender los actos administrativos y, en general, la adopción de medidas cautelares durante la sustanciación del proceso o recurso contencioso-administrativo, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE. En este precepto tiene su engarce y dimensión constitucional la llamada justicia cautelar porque la potestad jurisdiccional no se agota en la declaración del derecho, sino que se consume en la consecución del derecho declarado, lo que presupone la facultad de adoptar las medidas o garantías precisas a fin de preservar la eficacia de lo resuelto. La razón determinante, pues, para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto de impugnación en vía jurisdiccional se encuentra en la necesidad de evitar que la eficacia de la disposición o la ejecución del acto administrativo pueda hacer perder al proceso su finalidad legítima, como dispone el artículo 130.1 L.J.C.A.

Si bien, el propio precepto impone una previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, para denegar la medida cautelar si de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros. En definitiva, la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares exige un alto grado de ponderación conjunta de criterios, según la justificación ofrecida en el momento de la solicitud y teniendo en cuenta su finalidad y su fundamento constitucional. En particular, han de considerarse los siguientes principios generales:

a) La necesidad de justificación o prueba, aunque ésta sea incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración sobre la procedencia de la medida cautelar. Como señala el auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1.997, la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar al recurrente perjuicios de difícil o imposible reparación. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) El aseguramiento de la finalidad del proceso, aprovechando el propio desarrollo jurisprudencial relativo a la anterior fórmula de la existencia de riesgo de daños o perjuicios irreparables o de difícil reparación, en el caso de ejecutarse el acto administrativo.

c) Conforme al artículo 130.2 L.J.C.A., el criterio de la ponderación de intereses, de un lado los generales y de terceros, y, de otro, los específicos del

recurrente, es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del proceso, y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. A lo dicho cabe añadir que en la pieza de medidas cautelares no es posible que el órgano jurisdiccional efectúe un enjuiciamiento de la problemática de fondo del litigio, por lo que la argumentación a considerar se debe reducir a los criterios establecidos por la Ley para ponderar la protección de los intereses en conflicto en orden a la adopción de medidas cautelares.

→ Y aplicando lo anterior al supuesto que nos ocupa, hemos de señalar que en modo alguno queda acreditada la concurrencia del presupuesto ineludible para la adopción de toda medida cautelar, tal es la pérdida de la finalidad del recurso en el supuesto de no adoptarse la suspensión y de que se dictara una sentencia estimatoria, ya que de aprobarse definitivamente el P.G.O.U. por la Junta de Andalucía, no olvidemos que en todo caso estamos ante competencias compartidas, (S.T.S. 5/10/2.005), siempre será posible la retroacción al momento anterior a la aprobación inicial. Además, el párrafo 2º del Artículo 130 de la L.J.C.A. establece que la medida se denegará cuando de adoptarse pudieran resultar afectados los intereses generales, lo que indica una ponderación de los intereses en conflicto. Y así, nos encontramos de un lado, el que invocan los recurrentes relativo a la autonomía local, que como decíamos comparte la competencia con la Administración autonómica y frente a ello está el interés general en dotar a Marbella de un instrumento de planeamiento y teniendo en cuenta que la Comisión Gestora que gobierna en el momento actual el Ayuntamiento de Marbella, carece de competencias en tal materia, la suspensión del Acuerdo impugnado, supondría la paralización total de la elaboración en la que evidentemente están los intereses generales en juego, por lo que en base al apartado 2 del Artículo 130 L.J.C.A., procede la denegación de la medida cautelar.

TERCERO - Las demás vulneraciones que invocan los recurrentes, de principios jurídicos, por parte del acuerdo recurrido, implica adentrarse en cuestiones de fondo que, como es sabido, es reiterada la jurisprudencia que proclama la imposibilidad de examinarlos en una pieza de medida cautelar.

→ Señalar por último, que el Acuerdo cuya suspensión se postula, tiene como norma habilitante el artículo 31.4 de la Ley 7/92, de Ordenación Urbanística de la Junta de Andalucía, norma cuya ejecución no consta haya sido suspendida por el Tribunal Constitucional. Pero es que además, reiteramos que nos encontramos ante un hecho fundamental a los efectos que nos ocupan, cual es que no hay Ayuntamiento, por haber sido disuelto, lo que determina que todo lo que se argumenta sobre la retirada de competencias y la vulneración del principio de autonomía local decaen, ya que por un lado, estamos ante la inexistencia de Ayuntamiento y de otro, la Comisión Gestora desprovista de competencias en el planeamiento, luego si se adoptase la medida, nos encontraríamos que se le daría la competencia a un órgano que no la tiene por disposición legal.

CUARTO.- Y ya para terminar señalar que no tiene encaje en esta pieza

separada abordar la falta de legitimación para interponer el recurso que la Administración demandada proclama respecto de los recurrentes.

QUINTO.- No se aprecia temeridad ni mala fe en las partes, en orden a una condena en las costas del presente incidente.

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

LA SALA ACUERDA:

No haber lugar a la suspensión del acto administrativo impugnado.
Sin costas.

Lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados al margen referenciados. Doy fe.

E/.

Ante mí.