

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SEDE GRANADA
SECCIÓN TERCERA
ROLLO NÚM. 685/06
JUZGADO: ALMERÍA nº 2.

SENTENCIA NÚM. 131 DE 2.008

Ilma. Sra. Presidente:

Doña María R. Torres Donaire.

Iltmos. Sres. Magistrados:

Doña Inmaculada Montalbán Huertas.

Don Manuel Ponte Fernández.

En la Ciudad de Granada, a diecisiete de marzo de dos mil ocho. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número **685/06**, dimanante de la pieza separada de medidas cautelares correspondiente al Procedimiento Ordinario registrado con el número 457/05, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número dos de los de Almería, siendo parte apelante el Ayuntamiento de Carboneras, que comparece representado por la Procuradora D^a María Dolores Fuentes Mullor y asistido por el Letrado D. David Barranco Escañuela, así como la entidad “Azata del Sol, S.L.”, representado por el procurador D. Ángel Vizcaíno Martínez y asistido por el Letrado D. Francisco Perales Madueño, y parte apelada la Asociación Salvemos Mojácar y el Levante

Almeriense, que comparece representada por la procuradora D^a Mercedes Martín García y asistida por el Letrado D. José Ignacio Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº dos de los de Almería, con fecha 21 de Febrero de 2006, dictó auto en la pieza separada de medidas cautelares registrada con el número 18/06, dimanante del Procedimiento Ordinario registrado con el número 457/05, en cuya parte dispositiva se acordaba como medida cautelar la suspensión de las obras que se ejecutan para la construcción del “Hotel Azata del Sol”, en la Playa denominada de “El Algarrobico”, de Carmoneras, autorizadas por la licencia municipal de obras concedida por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras en la sesión celebrada el día 13 de Enero de 2003.

SEGUNDO: Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación, del que, tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes para que en el plazo de 15 días formularan su oposición, presentándose por la parte apelada escrito de impugnación de dicho recurso.

TERCERO: Elevadas las actuaciones a esta Sala se formó el oportuno rollo, se registró y se designó Ponente al Ilmo. Sr. D. Manuel Ponte Fernández.

Por la representación de la entidad Azata del Sol se propuso la práctica de prueba en segunda instancia, que fue acordada mediante auto de fecha 12 de Abril de 2007, estimatorio de recurso de súplica interpuesto contra la providencia de 19 de Octubre de 2006, practicándose dicha prueba seguidamente. A continuación se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se impugna en el presente recurso de apelación el auto de fecha 21 de Febrero de 2006, dictado en la pieza separada de medidas cautelares registrada con el

número 18/06, dimanante del Procedimiento Ordinario registrado con el número 457/05, en cuya parte dispositiva se acordaba como medida cautelar la suspensión de las obras que se ejecutan para la construcción del “Hotel Azata del Sol”, en la Playa denominada de “El Algarrobo”, de Carboneras, autorizadas por la licencia municipal de obras concedida por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras en la sesión celebrada el día 13 de Enero de 2003.

La Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Almeriense interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la solicitud de revisión en vía administrativa del acuerdo de otorgamiento de licencia de obras a la entidad “Azata del Sol, S.L.” en cuya parte dispositiva interesaba, como medida cautelar, la paralización de las obras en curso en el Hotel Azata del Sol y en Sector S-T1, así como la suspensión de la tramitación del nuevo PORN del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, en tanto no recaiga sentencia firme en el procedimiento, y argumentaba, en síntesis, que la licencia concedida es manifiestamente ilegal al haberse otorgado en espacio protegido, no urbanizable, en subzona C1 del PORN contraviniendo los artículos 5 y 19 de la Ley 4/1989 e invadiendo los 100 metros de servidumbre de protección y los 500 de la zona de influencia, así como tras la expiración de los plazos legalmente establecidos y por destruir el paisaje y ubicarse en terrenos de alto valor ecológico. Igualmente, argumentaba esta parte que el Ministerio de Medio Ambiente ha iniciado los trámites para la expropiación y demolición de la parte del Hotel que invade los 100 metros de la servidumbre de protección, y concluye que concurren los requisitos para la adopción de la medida cautelar pues una eventual sentencia estimatoria perderá su finalidad pues los desmontes y demás actuaciones que se están llevando a cabo imposibilitarán la restauración del medio a su situación anterior. Asimismo, como medida cautelar, solicitaba la suspensión del expediente de aprobación del nuevo PORN, por entender, en síntesis, que su aprobación supone el ejercicio arbitrario de una potestad discrecional, argumentando que la tramitación del nuevo PORN obedece a la intención de eludir las consecuencias de una eventual declaración de nulidad de la licencia por disconformidad de las actuaciones administrativas, de tal manera que la aprobación del nuevo PORN con anterioridad a la adopción de una resolución judicial haría perder a ésta su eficacia.

Por su parte, la representación del Ayuntamiento de Carboneras se opuso a la medida cautelar interesada de contrario, argumentando, en síntesis, que el acto administrativo está constituido por un acto negativo, cual es la desestimación presunta de la petición de revisión de los Planes Parciales ST-1, ST-2, y ST-3 del Ayuntamiento de Carboneras, por lo que la petición de suspensión no puede en ningún caso suponer la continuación o el inicio del procedimiento de revisión, pues supone un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo que excede del estrecho cauce de las medidas cautelares. Por último, argumentaba esta representación que al impugnarse una disposición general, sólo puede solicitarse la adopción de medidas cautelares por inaplicación de los preceptos impugnados en el momento del escrito de interposición o con la demanda sin que sea admisible una petición independiente.

El auto de instancia desestima la medida cautelar consistente en la suspensión del expediente de aprobación del nuevo Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, por entender que el conocimiento de los recursos contra las disposiciones generales corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ y no al Juzgado, y en cuanto a la paralización de las obras del “Hotel Azata del Sol”, estima la medida cautelar, exponiendo, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial relativa a la adopción de medidas cautelares, y en segundo lugar, realizando una valoración de la apariencia de buen derecho de las pretensiones de la parte actora, argumentando, en síntesis, que puesto que la aprobación del Plan Parcial del Sector R5 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Carboneras tuvo lugar con fecha 26 de Mayo de 1988, siendo publicada la aprobación el día 4 de Agosto de 1988, le resulta de aplicación lo dispuesto en las disposiciones transitorias de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas. En concreto, lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas, argumenta el auto de instancia, constreñirá a la revisión del Plan Parcial, al ser su aprobación posterior al 1 de Enero de 1988. Concluye el auto de instancia que ello tiene como consecuencia la aplicación de las disposiciones de la Ley de Costas relativas a la extensión de la zona afectada por la servidumbre de protección, la cual está siendo completamente invadida por las actuaciones llevadas a cabo en la construcción del

hotel. Por último, realizando una ponderación de los intereses en conflicto, concluye el Juez de instancia que considerar prevalente el interés general insito en el respeto a lo dispuesto en la Ley de Costas sobre la servidumbre legal de protección, habiendo desconocido la construcción del Hotel tales disposiciones sobre limitaciones y servidumbres establecidas por la Ley de Costas.

Contra el anterior pronunciamiento se alza en apelación la representación del Ayuntamiento de Carboneras, argumentando, en primer lugar, en síntesis, que las obras de construcción del Hotel fueron autorizadas mediante licencia concedida por el Ayuntamiento de Carboneras de fecha 10 de Marzo de 2003, sin que fuera objeto de recurso alguno, al igual que el Plan Parcial para el desarrollo de dicho ámbito de planeamiento, aprobado definitivamente por Resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo de Almería de 26 de Mayo de 1988. En un segundo bloque de argumentos, opone esta parte que el 60% de las obras del Hotel se encuentran fuera de la franja de terrenos delimitada por la línea de 100 metros de la zona de servidumbre según el nuevo deslinde, así como el hecho de estar las obras del hotel prácticamente concluidas. A continuación, opone esta parte el interés del Ayuntamiento de Carboneras en el desarrollo de la zona y en la importancia económica para el municipio de la construcción del Hotel, así como la vulneración de trámite de audiencia al Ayuntamiento de Carboneras, que ha impedido la posibilidad de efectuar alegaciones y proponer prueba. Seguidamente, opone esta parte, centrándose en el auto objeto del recurso de apelación, que la pretensión del recurso consiste en la revisión de oficio de la licencia de obras para la construcción del Hotel Azata del Sol, por lo que el Tribunal únicamente podrá ordenar a la Administración que inicie el procedimiento de revisión pero no puede entrar directamente a examinar la nulidad del acto, por lo que las únicas medidas cautelares adoptables en el procedimiento son las que se limitaran a evitar que el Ayuntamiento no cumpliera la condena, pero en ningún caso la suspensión de las obras del Hotel. A continuación, en relación a los requisitos de adopción de las medidas cautelares, argumenta el Ayuntamiento apelante que no se ha aportado ninguna clase de prueba de que la falta de adopción de la medida cautelar haga perder la finalidad del recurso, pues por una parte existen obras del Hotel fuera de la franja de 100 metros, sin que tampoco pueda afirmarse una mayor onerosidad

para el erario público derivada de la continuación de las obras, pues las obras están prácticamente finalizadas, aumentando, además, la paralización de las obras los costes para el erario público al tener que ser indemnizada la entidad Azata del Sol, S.A, y concluyendo que, en todo caso, nada impide la demolición de lo construido en caso de dictarse una sentencia estimatoria. Por último, en cuando a los argumentos contenidos en el auto respecto de la apariencia de buen derecho, señala esta parte que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el análisis de las cuestiones de fondo está vedada en la pieza separada de medidas cautelares, siendo utilizable este criterio únicamente en casos muy particulares, que no concurren en el presente supuesto, no obstante lo cual esta parte impugna el razonamiento del auto de instancia al señalar que no procedería la revisión del Plan Parcial, pues esta habría sido causa de indemnización conforme a las normas urbanísticas al perderse el aprovechamiento urbanístico mayor o menor que hubiese en los 80 metros adicionales de la zona de servidumbre, lo que, conforme a las disposiciones transitorias de la Ley de Costas, excluye la revisión del instrumento urbanístico. Por último, opone esta parte que el auto no efectúa ninguna clase de ponderación de los intereses en conflicto y que, en todo caso, el interés general del Ayuntamiento de Carboneras exige la inmediata reanudación de las obras y la entrada en funcionamiento del Hotel. Por todo lo cual solicitan la estimación del recurso de apelación, con revocación del auto y desestimación de la solicitud de medida cautelar.

Por su parte, la entidad Azata del Sol, S.A. interpone igualmente recurso de apelación contra el auto, argumentando, en primer lugar, que el Juzgado omitió el traslado a esta entidad de la petición de medidas cautelares a pesar de estar ya personada en el procedimiento, con lo que el auto recurrido incurre en nulidad causante de indefensión, conforme a lo establecido en el artículo 238.3 de la L.O.P.J. En segundo lugar, opone esta parte el error en la apreciación del objeto del recurso, constituido por la desestimación presunta de la solicitud de revisión de un acto pretendidamente nulo, y no el otorgamiento de la licencia de obras, el cual es un acto consentido y firme, confusión que es la que provoca el fallo del auto cautelar. Asimismo, argumenta esta parte que la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 2005, por la que se aprueba el deslinde del dominio público marítimo-terrestre ha sido objeto de

recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, habiéndose solicitado su suspensión cautelar. Seguidamente, opone esta representación la ausencia de motivación del auto apelado, pues, argumenta esta parte, el auto no contiene argumentación alguna acerca de la concurrencia del requisito esencial para la adopción de las medidas cautelares, cual es el *periculum in mora* a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional. En cuanto a la valoración que hace el auto en relación con la apariencia de buen derecho, argumenta esta parte que es materia que, como norma general, no puede ser analizada en el ámbito de la pieza separada de medidas cautelares. Por otra parte, reitera la apelante que en ningún caso se está enjuiciando la concesión de licencia sino la desestimación presunta de la solicitud de revisión, acerca de lo cual el auto omite valoración alguna. En todo caso, en cuanto a la valoración efectuada por el auto, señala esta parte que la disposición transitoria tercera, apartado segundo de la Ley de Costas no es aplicable al Plan Parcial en que se fundamenta la licencia concedida, por cuanto no procedía la revisión del mismo al no haber transcurrido en su momento del plazo máximo de ejecución, lo que excluye la indemnización por revisión del planeamiento conforme a lo dispuesto en la normativa urbanística. Por último, opone esta parte la falta de valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, así como la generación de graves daños y perjuicios derivados de la suspensión de la medida cautelar, conforme a informe que aporta, habiendo omitido el Juzgado la aplicación del artículo 133 de la L.J.C.A. en cuanto a la fijación de una contracautela para garantizar los perjuicios derivados de la adopción de la medida cautelar. En consecuencia, esta parte interesa la revocación del auto y la desestimación de la medida cautelar, y subsidiariamente, la exigencia de una caución a la recurrente de 12.752.354,22 euros.

Por su parte, la representación de la recurrente apelada se opuso a los recursos de apelación interpuestos de contrario, alegando, en síntesis, que la zona en que tiene lugar la construcción del Hotel estaba calificada en el PORN del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar como no urbanizable, subzona de grado C1 (áreas naturales de interés general), de manera que los terrenos que hasta la fecha de publicación del PORN el 22 de diciembre de 1994 estaban calificados como urbanizables por las NNSS de Planeamiento del Municipio de Carboneras pasaron a ser espacio protegido, no urbanizable, conforme a los artículos 5

y 19 de la Ley 4/89, por lo que entiende esta parte que la licencia concedida es nula de pleno derecho. Además, opone esta parte que en la fecha de aprobación del Plan Parcial ya estaba en vigor la Ley de Costas, por lo que el Plan Parcial debió revisarse para adaptarlo a la Ley de Costas respetando la franja de 100 metros establecida como servidumbre de protección. Argumenta, a continuación esta parte, que la finalidad del recurso no es la revisión de oficio de la licencia concedida, sino, en última instancia, la demolición del inmueble para restablecer el daño causado al medio ambiente. Entiende, además, la parte apelada, en lo que respecta a los requisitos para la adopción de las medidas cautelares, que la no detención de las obras provocaría la destrucción de un espacio protegido de forma prácticamente irreversible. En cuanto al *fumus boni iuris*, la parte apelada estima acertado el razonamiento del auto de instancia al concluir que al Plan Parcial aprobado el día 26 de Mayo de 1988 le es de aplicación la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas por haberse aprobado aquél con posterioridad al 1 de Enero de 1988, y comparte, por último la ponderación de intereses efectuada por el auto apelado por cuanto considera que la invasión de la servidumbre de protección por un inmueble de propiedad privada perjudica los intereses generales en beneficio de la entidad mercantil Azata del Sol, S.L.

SEGUNDO: Primeramente han de ser resueltos los motivos de apelación referidos a la vulneración del derecho de audiencia tanto del Ayuntamiento de Carboneras como a la entidad Azata del Sol, S.L. En cuanto a las alegaciones del Ayuntamiento, no comparte la Sala la conclusión alcanzada por dicha representación, pues, emplazada por el Juzgado en la tramitación de la pieza separada de medidas cautelares, formuló alegaciones con fecha 15 de Febrero de 2006, a cuyo escrito pudo acompañar los medios de prueba que tuviera por conveniente, conforme al artículo 131 de la L.J.C.A.

En lo que respecta a las alegaciones formuladas por la entidad Azata del Sol, S.L. esta Sala ya puso de manifiesto en el auto de 12 de Abril de 2007 la omisión del trámite de audiencia a dicha entidad, con infracción del artículo 131 de la L.J.C.A. Ahora bien, por evidentes razones de economía procesal, la consecuencia no ha de ser la revocación del auto de instancia, pues la nulidad del mismo exige, conforme al artículo 238.3 de la L.O.P.J. la existencia de efectiva indefensión, sin que, a juicio de la Sala, ésta se haya producido al haber formulado alegaciones y propuesto prueba que ha sido admitida en esta

segunda instancia.

TERCERO: Conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Marzo de 2006, la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, se integra por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136) caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

a) Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado, así como al de protección de los derechos fundamentales; y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la L.J.C.A.)

b) Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente, cual es la existencia del *periculum in mora*. Así, en el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que *“la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso”*.

c) Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, *“la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero”*.

d) Desde una perspectiva procedimental la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa valoración de intereses en conflicto; expresión que reitera en el artículo 130.2 *“in fine”*, al exigir también una ponderación *“en forma circunstanciada”* de los citados intereses generales o de tercero.

e) Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *“numerus apertus”*, de medidas innominadas, entre las que se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a *“cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”*.

f) Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas, pues la solicitud podrá llevarse a cabo *“en cualquier estado del proceso”* (artículo 129.1, con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan

acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

g) Por último, en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse *“las medidas que sean adecuadas”* para evitar o paliar *“los perjuicios de cualquier naturaleza”* que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1), añadiéndose además que la misma *“podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”*.

Así, de las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, pueden destacarse dos aspectos: En primer lugar, la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las medidas cautelares; y en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero.

Así, los autos del Tribunal Supremo de 22 de Marzo y de 31 de Octubre de 2000 señalan que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso, y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*, que, conforme a las resoluciones indicadas, opera como criterio decisor de la suspensión cautelar. Por otra parte, los autos del Tribunal Supremo de 2 de Noviembre de 2000 y 25 de Junio de 2001, señalan que las medidas cautelares han de adoptarse teniendo en cuenta una doble referencia: valorando la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, además de que de la medida pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

En conclusión, la adopción de la medida exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso. Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio

comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado. En todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

CUARTO: Una vez expuesta la doctrina general relativa a la adopción de las medidas cautelares, y con carácter previo a analizar su aplicación al caso que nos ocupa, debe ser resuelto el motivo de oposición referido a la naturaleza del acto impugnado, no constituida por la concesión de la licencia, sino por la desestimación presunta de la solicitud de revisión de la misma, formulado tanto por la representación del Ayuntamiento de Carboneras como por parte de la entidad Azata del Sol, S.L.

Pues bien, en este sentido, esta Sala ya ha puesto de manifiesto, en asuntos similares (Sentencia de fecha 30 de Abril de 2007), que la interpretación tanto gramatical como lógica del contenido del artículo 129 de la L.J.C.A. permite concluir que la solicitud no sólo puede ceñirse a la suspensión del acto impugnado, que en el presente caso tiene un carácter negativo, sino que se extiende a la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia, y en este caso, teniendo en cuenta los efectos y consecuencias de la actividad administrativa, puede solicitarse y adoptarse cualquier otra medida que cumpla la finalidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro y evitar la consolidación y conservación irreversibles de situaciones contrarias a derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento, siendo ello consecuencia del principio de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución. En concreto, si como sostienen los apelantes, cuando se solicita una revisión de oficio de un acto administrativo nunca se pudiera adoptar la suspensión de los efectos del acto que se pretende revisar, carecería de sentido la regulación contenida en los artículos 104 de la Ley 30/92 o en los artículos 189 y 190 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que prevén la suspensión de la eficacia del acto en el caso de procederse a su revisión en vía administrativa, los dos últimos preceptos citados en lo referente a licencias incompatibles con la legislación urbanística. La conclusión, por tanto, ha de ser necesariamente la de admitir que pueda adoptarse una medida cautelar de suspensión de efectos del acto administrativo que se pretende revisar en sede de un procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo. En consecuencia, aplicando la doctrina

expuesta al presente caso, el hecho de que el objeto de recurso esté constituido por la desestimación presunta de la revisión de oficio de acto pretendidamente nulo, contra lo que entienden los apelantes, no determina la imposibilidad de la suspensión cautelar de la eficacia de dicho acto.

QUINTO: Resta, por tanto, analizar la concurrencia en el presente caso de los presupuestos que el artículo 130 de la L.J.C.A. establece como requisitos para la adopción de la medida cautelar, más arriba expuestos.

En este sentido, atendidos los términos en que aparece planteada la litis, concretados en la posible incurrancia en causa de nulidad de la licencia de obras concedida, conforme al artículo 62 de la Ley 30/92, bien por ser disconforme a Derecho el instrumento de planeamiento urbanístico que constituye su presupuesto, bien por haberse verificado la construcción sobre suelo no urbanizable, por aplicación del Decreto 418/1994, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, es claro que debe ser objeto de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo sobre el *periculum in mora* (STS 14 de Junio de 2006, entre muchas otras) reiterada por esta Sala en numerosos pronunciamientos, conforme a la cual el Alto Tribunal insiste en la ponderación de este criterio en la L.J.C.A. de 1998. Así, ha de prevalecer en el presente caso la evidente dificultad de ejecutar una eventual sentencia estimatoria de no adoptarse la medida cautelar, pues de difícil reversibilidad ha de calificarse la situación de la construcción de litis no ya con la edificación concluida sino incluso con pleno funcionamiento de la actividad hotelera a que está destinada. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 10 de Septiembre de 2007, pone de relieve que “mientras en el posible perjuicio de la demora en construir para el titular de una licencia de obras resulta fácilmente reparable mediante una congrua indemnización en el caso de que la acción ejercitada por la Administración de la Comunidad Autónoma fuese desestimada, tal reparabilidad no resulta predicable de los perjuicios derivables de la edificación llevada a cabo al amparo de una licencia declarada ilegal, puesto que, además de ser imposible reponer el suelo a su estado primitivo, supondría cuantiosas indemnizaciones a cargo del propio Ayuntamiento, que concedió indebidamente la licencia, para reparar todos los perjuicios declarados por las demoliciones, siendo más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición, aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora hubiese derecho a edificar, que permitir que se construya cuando la

indemnización a pagar a aquellos y sucesivos adquirentes, si hubiese que derruir, sería mucho mayor por haberse concedido ilegalmente la licencia, lo que justifica plenamente la ponderación de intereses efectuada por el Tribunal “a quo” para inclinarse a favor de la suspensión cautelar de los efectos de la licencia.”

Pues bien, a juicio de la Sala, la anterior doctrina, *mutatis mutandi*, resulta aplicable al caso que nos ocupa, pues, de no adoptarse la medida cautelar, lo que determinaría la finalización de la construcción, y en buena lógica, la puesta en funcionamiento del Hotel, provocaría en caso de anulación, en su caso, de la licencia, un montante indemnizatorio mayor que el derivado de la demora en el ejercicio del derecho a edificar. A ello ha de sumarse, si atendemos a los términos en que aparece planteada la litis, que podemos encontrarnos ante un uso del suelo incompatible con el régimen jurídico de éste, bien por estar incluido en una de las zonas de protección de las recogidas el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Cabo de Gata-Níjar (R.D. 418/1994) y/o por invadir la zona de servidumbre de protección regulada por el artículo 23 de la Ley de Costas, conforme a los artículos 25 y siguientes de dicho texto legal, cuya invasión, si concluimos que aquélla puede ser de una anchura de 100 metros, como más adelante y a los efectos de la presente pieza separada se valorará, en su concreta magnitud no aparece precisada en esta pieza pero que ninguna parte cuestiona, constituyendo en ambos casos suelo con un destino y una clasificación específica, que pretende preservarlo. Ello nuevamente nos conduce al concepto de irreversibilidad, elaborado por la doctrina jurisprudencial más reciente, que debe ser tenido en cuenta en la adopción de la medida cautelar. Así, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia, entre otras, de 30 de Enero de 2002), en supuestos de licencias concedidas sobre suelo no urbanizable, la ponderación de intereses en conflicto, a la que obliga la interpretación conjunta de los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, impone que encontremos más digno de protección preservar el suelo, con suspensión de las obras, pues, finalizadas éstas, es difícilmente reversible aquél y su entorno a la situación inmediatamente anterior a la edificación realizada. Por otra parte, en el caso de dictarse sentencia desestimatoria, la entidad afectada por la suspensión siempre podría reclamar los daños y perjuicios derivados de la demora en llevar a cabo la construcción, que únicamente puede producir efectos económicos.

SÉXTO: A la anterior conclusión no obstan las alegaciones efectuadas por los apelantes en el sentido de considerar las obras prácticamente finalizadas, lo que privaría de objeto a la solicitud de adopción de la medida cautelar. En este sentido, el informe aportado por la representación de la entidad Azata del Sol, S.L. manifiesta que está ejecutada la obra en un 94,41%. Pues bien, esta situación fáctica en absoluto priva a la medida cautelar de objeto, pues únicamente procedería la desestimación de la medida cautelar por falta de objeto procesal en el caso de acreditarse la finalización efectiva de la obra mediante la aportación de la licencia de primera ocupación. En efecto, como señala la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de Octubre de 2002, la licencia de primera ocupación, prevista en el artículo 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, así como en el artículo 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística, tiene como finalidad comprobar que la obra realizada se ha ajustado a las determinaciones previstas en la licencia concedida. En consecuencia, no obstante haberse en apariencia finalizado la obra, aportándose incluso el certificado facultativo de final de obra, se mantienen los presupuestos que justifican el mantenimiento de la medida cautelar. Igualmente, en el específico ámbito del derecho autonómico andaluz, el artículo 175 de la Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, establece como requisito para la contratación provisional de los servicios de energía eléctrica, agua, gas y servicios de telecomunicaciones la acreditación de la licencia de obras, debiendo exigir las empresas suministradoras, para efectuar la contratación de los respectivos servicios, la licencia de ocupación o primera utilización, estando tipificada como infracción urbanística por el artículo 207 del texto legal antedicho la prestación de servicios por parte de las empresas suministradoras sin exigir la acreditación de la correspondiente licencia. A ello ha de añadirse, ahora en el ámbito de la legislación estatal, que, conforme al artículo 19 de la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, del Suelo, al igual que disponía en artículo 22 de la Ley 6/98 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción por parte de los Notarios y Registradores de la Propiedad, además de aportarse la certificación de finalización de la obra expedida por técnico competente, debe acreditarse *“el cumplimiento de los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística”* y, por tanto, la eficacia de la

preceptiva licencia. En consecuencia, a juicio de la Sala, se mantienen los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar.

SÉPTIMO: Argumentan los apelantes que el Juez “a quo”, contradiciendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que configura el requisito de la apariencia de buen derecho como algo extraño al proceso cautelar, ha basado su decisión en el análisis de la del *fumus boni iuris* en la pretensión de la asociación recurrente, sin haber tratado la con concurrencia del requisito “*sine qua non*” puede adoptarse la medida cautelar en el procedimiento contencioso, cual es el *periculum in mora*, es decir, el riesgo de que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Pues bien, no comparte esta Sala el criterio manifestado por los apelantes en relación a la apariencia de buen derecho. Así, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 2007, señala que la apariencia de buen derecho no es un criterio desdeñable a hora de tomar la decisión sobre la adopción de medidas cautelares; ni lo fue en la jurisprudencia anterior a la Ley 29/1998, ni lo es en la complementa lo dispuesto en ésta. Ese criterio, aun siendo objeto de seria controversia y de aplicaciones no siempre coincidentes, no parece que pueda ser desatendido; bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la adopción como la no adopción de la medida cautelar pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible. Y no parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, no lo excluye cuando regula las medidas cautelares en la citada Ley 29/1998 y lo prevé expresamente en el artículo 728.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita al Tribunal para fundar, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. Tampoco parece que pueda serlo en un ordenamiento que, como el nuestro, está enmarcado y forma parte del más general constituido por el Derecho Comunitario Europeo, cuyo Tribunal de Justicia afirma, y afirma con toda reiteración y contundencia, la lícita utilización de aquél criterio. Es cierto, sin embargo, que se trata de un criterio que debe emplearse en el contexto de los que expresamente prevé la repetida Ley 29/98, para

percibir sin desacierto la finalidad legítima del recurso, para la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, o para ponderar en forma circunstanciada los intereses generales o de tercero y la perturbación grave que para ellos pueda seguirse de la adopción de la medida cautelar. Es un criterio que no gobierna en sí mismo ni con carácter principal la decisión cautelar, pues dejando de lado procesos especiales, sobre todo en otros órdenes jurisdiccionales, la finalidad propia y directa de esta institución no es en el proceso contencioso-administrativo la de tutelar provisionalmente la posición o la situación jurídica de la parte que aparentementé litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, o lo que es igual, el efecto útil de la sentencia que en éste deba recaer. Y es un criterio que en todo caso debe aplicarse combinando el serio fundamento de los que a través de él se deduzca y la no menos seria percepción y convicción es meramente provisional, que no prejuzga en absoluto el fondo del asunto

En el presente caso, en efecto, como afirman los apelantes, el Juez “a quo” basa, en esencia, su decisión de adopción de la medida cautelar en la valoración de la apariencia de buen derecho en la pretensión ejercitada por la parte actora, concluyendo que la aplicación de la disposición transitoria tercera, apartado segundo, de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas, tiene como consecuencia que el Plan Parcial, que sirve de presupuesto de la edificación de litis, aprobado definitivamente el 26 de Mayo de 1988, debió ser revisado para adaptarlos a las determinaciones de la Ley de Costas en materia de zonas de servidumbre de protección y de influencia, siendo aplicables, en particular, las disposiciones de dicho texto legal relativas a la extensión de la zona afectada por la servidumbre de protección, de 100 metros de ancho conforme a su artículo 23, que habría sido invadida por la construcción litigiosa a tenor del informe pericial que cita el Juez en su auto.

Pues bien, sin perjuicio de que el criterio fundamental para la adopción de la medida cautelar está constituido por el riesgo de pérdida de la finalidad legítima del recurso, de no adoptarse la medida cautelar, ante la imposibilidad o dificultad de ejecutarse una eventual sentencia estimatoria, cuya concurrencia ha sido apreciada en el fundamento de derecho anterior, y sin que la valoración de la apariencia de buen derecho pueda tener, en cuanto a la decisión de fondo que en su día haya de adoptarse, ningún valor vinculante dado el carácter puramente indiciario de la valoración de los hechos y

fundamentos jurídicos que se exponen, no es posible para esta Sala desconocer que, por una parte, el artículo 25.2 de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas, establece que con carácter ordinario, sólo se permitirán en la zona de servidumbre de protección, las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas, prohibiendo el artículo 25.1.a) las edificaciones destinadas a residencia o habitación. Los apelantes sostienen en sus recursos que las determinaciones del Plan Parcial aprobado el 26 de Mayo de 1988, correspondiente al sector donde se ubica la edificación de litis, han de prevalecer sobre las disposiciones de la Ley de Costas sobre la servidumbre de protección, en particular, sobre el artículo 23.1 de dicho texto legal, que califica como tal una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, sin que existiera obligación de revisar el Plan Parcial, al dar lugar esta revisión a una indemnización conforme a la legislación urbanística, al existir aprovechamiento indemnizable y no haber transcurrido los plazos de ejecución del Plan. Ahora bien, a los solos efectos de resolver la presente pieza separada de medidas cautelares, y reiterando la falta de vinculación de la valoración de la apariencia para la resolución que ponga fin al procedimiento, esta Sala no puede desconocer que, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 7 de Noviembre de 2000; STS 22 de Mayo de 1995; 23 de Marzo de 1991; STS 4 de Marzo de 1990, entre muchas otras) en relación a la interpretación del artículo 87 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, aplicable en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas y que regula la indemnización por la modificación o revisión de la ordenación de los terrenos y construcciones establecida por los instrumentos urbanísticos, es preciso, para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, que existan derechos consolidados, lo cual, en lo que al presente caso importa, ocurre, además de cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido, o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento, por causas imputables a la Administración, cuando el Plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, si haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de propietarios del sector (SSTS 26 de Enero de 1993, 24 de Abril de 1992, 12 de Mayo de 1987, entre otras). Es claro, en definitiva, que el supuesto indemnizatorio, que en el

presente caso determinaría la no revisión del Plan Parcial, exige la concreta determinación del aprovechamiento urbanístico que corresponde al propietario, del que se ve privado por razón de la modificación o revisión del planeamiento, sin que basten para ello las simples expectativas, sino derechos consolidados. Pues bien, siendo éste –la existencia de un aprovechamiento consolidado- el hecho- el requisito para la no revisión del Plan Parcial con resultado de una extensión de la servidumbre de protección de 20 metros, conforme a la Disposición Transitoria Tercera, apartado 2 b) de la Ley de Costas y Disposición Transitoria Octava, apartado 1 b) en relación con la Disposición Transitoria Novena, apartado primero del R.D. 1471/1989, de 1 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, y su inexistencia, por tanto, lo que determina la Plena aplicabilidad de las disposiciones de la Ley de Costas sobre la servidumbre de protección, la Sala no puede desconocer que por ninguno de los apelantes se ha concretado ni acreditado, al menos indiciariamente a los efectos de la presente pieza separada de medidas cautelares, cuál fuera en el momento de entrada en vigor de la Ley de Costas tal aprovechamiento urbanístico patrimonializado, lo cual atribuye una cierta consistencia jurídica a la tesis sostenida en el auto recurrido, que, como ya se puesto de relieve, ha de ser valorado como un criterio más, aunque secundario y derivado, para la resolución de la pieza de medidas cautelares.

Pero es más, a lo anterior se añade la existencia de una resolución administrativa, Orden Ministerial del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 8 de Noviembre de 2005, citada por ambos apelantes, por la que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa de 5.791 metros de longitud comprendido entre el final de la Playa de Lacón hasta el límite con el término municipal de Mojácar, que fija en 100 metros la extensión de la servidumbre de protección, que afecta a la Parcela 1 del Proyecto de Compensación de Sector S-T1 “El Algarrobico”, donde se ubica la edificación de litis, y si bien, como apuntan los apelantes, la citada Resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, esta Sala no puede valorar la argumentación expuesta por los apelantes en sus respectivos recursos, relativa a la falta de firmeza de la citada resolución administrativa, sin desconocer el hecho notorio de que aquélla ha dictado sentencia con fecha 23 de Enero de 2008, mediante la cual desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirma la extensión de la servidumbre de protección, a través precisamente de la interpretación de las disposiciones transitorias de la

Ley de Costas y su Reglamento de desarrollo, lo cual, ciertamente dota de una especial intensidad a la apariencia de buen derecho de la pretensión ejercitada por la parte recurrente.

OCTAVO: Resta, por último, referirse a la no fijación de contracautela por parte del Juez “a quo”, respecto de lo cual alega la entidad Azata del Sol, S.L. que la adopción de la medida cautelar exige, en todo caso, conforme al artículo 133.1, el establecimiento de una contracautela para garantizar los daños y perjuicios derivados de la adopción de la medida cautelar, la cual se configura como condición de la eficacia la medida cautelar. En este sentido, la entidad apelante, acompañando informe técnico, cuantifica los perjuicios sufridos por la paralización de las obras en la cifra de 4.768.565,32 euros en concepto de daños en la obra como consecuencia de la paralización, y de 7.983.788, 90 euros por pérdida de incentivo regional y de canon arrendaticio, previendo una duración del procedimiento principal de dos años, lo que hace un total mínimo de 12.752.354, 22 de euros, que habrían de ser garantizados por la parte actora como requisito para la adopción de la medida cautelar.

Como afirma la entidad apelante, el auto apelado omite cualquier razonamiento referido a la caución, quizá ante la preterición efectuada en la instancia de la entidad apelante, lo que no impide que sea en esta segunda instancia sea valorada la cuestión una vez personada aquélla con plenitud de derechos de alegaciones y prueba.

Pues bien, cierto es que la exigencia de caución se erige en instrumento idóneo para, al tiempo que permite la suspensión del acto impugnado, garantizar, mediante la prestación de aquella, la salvaguarda que la quiebra de los intereses generales puedan experimentar en el momento en que de confirmarse el acto recurrido, no se pudiera ejecutar por insuficiencia de recursos del recurrente, tal manera que, salvo casos excepcionales, la exigencia de la prestación de fianza o caución para poder conceder y obtener la suspensión se erige, por regla general, en una especie de pauta indeclinable.

Ahora bien, del tenor del artículo 133.1 de la L.J.C.A. no cabe deducir la exigencia en todo caso de caución, cuando establece, con un carácter potestativo, que *“cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente par responder de aquéllos”*. Por otra parte, resulta manifiesto que la exigencia de caución en la elevadísima cuantía solicitada por la entidad apelante “Azata del Sol, S.L.”, justificada por un informe técnico,

ciertamente no contradicho en autos, incluso siendo objeto de ponderación por esta Sala, puede determinar que quede menoscabado el derecho a la tutela judicial cautelar efectiva ante la evidente dificultad de cumplir dicha exigencia por parte de una asociación que no tiene naturaleza mercantil y constituida para la defensa del medio ambiente, máxime si se tiene en cuenta que la legitimación de la asociación recurrente se fundamenta, cuando menos, en la acción pública en materia urbanística, que responde a la finalidad de asegurar en los términos más amplios posibles una protección adecuada de la legalidad urbanística, y que se ve reforzada en el presente caso por el reconocimiento de la misma en el artículo 109 de la Ley de Costas.

En efecto, en el presente caso, pese a reconocer a la asociación recurrente el derecho a la medida cautelar, ésta devendría ineficaz ante la imposibilidad de prestar la caución en una cifra como la pretendida por la entidad apelante, provocando, a la postre, aquéllo que la medida cautelar trata de evitar, cual es que el recurso contencioso-administrativo pierda su finalidad al encontrarse una eventual sentencia estimatoria con una situación fáctica de difícil reversibilidad. No resulta tampoco baladí a fin de valorar la exigencia o no de caución la especial intensidad con que se presenta la apariencia de buen derecho en el presente caso, como consecuencia de la confirmación mediante sentencia de la Audiencia Nacional del deslinde efectuado por la Administración, como más arriba se ha dejado dicho, sin que la utilización del este criterio para valorar la cautela a exigir resulte en absoluto extraño en nuestro ordenamiento jurídico, pues se encuentra expresamente recogido en el artículo 728.3 de la LEC y el propio Tribunal Supremo, en auto de fecha 16 de Mayo de 1995, puso de manifiesto que la existencia de una clara apariencia de buen derecho hace innecesaria la exigencia de caución a los solicitantes de la medida cautelar. En definitiva, la Sala estima que en el presente caso concurren especiales circunstancias que justifican la no exigencia de caución para la adopción de la medida cautelar solicitada.

En consecuencia, el recurso de apelación ha de ser desestimado.

NOVENO: En cuanto a las costas procesales es de aplicación el artículo 139.2 de la L.J.C.A., conforme al cual las costas han de imponerse a los apelantes si se desestima totalmente el recurso. No obstante, atendidas las especiales circunstancias concurrentes en el asunto y su complejidad jurídica, así como la preterición de la entidad apelante en la instancia, subsanada en esta alzada, esta Sala considera justificada su no imposición.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, esta Sala, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por la Constitución, dicta el siguiente

FALLO

Que debe desestimar y desestima los recursos de apelación interpuestos por la procuradora D^a María Dolores Fuentes Mullor, en representación del Ayuntamiento de Carboneras, y por el procurador D. Ángel Vizcaíno Martínez, en representación de la entidad Azata del Sol, S.L., contra el auto dictado con fecha 21 de Febrero de 2006 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº dos de los de Almería, en la pieza separada de medidas cautelares registrada con el número 18/06, confirmando el mismo por ser conforme a Derecho; sin hacer especial pronunciamiento respecto de las costas procesales causadas en esta alzada.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y devuélvase las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, interesándose acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución en la forma prevenida en el Art. 248.4 de la L.O. 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con advertencia de que, contra la misma, no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.