

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga. Tlfno.: 952918147 952918138, Fax: 951045526, Correo electrónico: TSJ.SContencioso.Admin.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906745320220002409.

Procedimiento: Recurso de Apelación 146/2023.

De: [REDACTED]

Procurador/a: PALOMA CALATAYUD GUERRERO

Contra: AYUNTAMIENTO DE VELEZ MÁLAGA

Procurador/a: AGUSTIN MORENO KUSTNER

SENTENCIA NÚMERO 3120/2023

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE:

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADA/OS:

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga a veintidós de noviembre de 2023

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, constituida por los magistrados anteriormente mencionados, para dictar resolución definitiva en el presente recurso de apelación nº 146/2023 interpuesto por D. [REDACTED], representado por la procuradora D^a Paloma Calatayud Guerrero, contra el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Málaga, en el que es parte apelante la demandante en la instancia y parte apelada el Ayuntamiento de Vélez-Málaga, representado por el procurador D. Agustín Moreno Kustner.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de diciembre de 2022, en la pieza separada de medidas cautelares, abierta en el recurso contencioso-administrativo nº 308/2022 interpuesto por el antes mencionado, se dictó auto desestimando la pretensión de que se dejase sin efecto la resolución por la que se acordaba la revocación concedido para la instalación de un toldo en la vía pública.



Código:	OSEQRNJMGZ2DB7MRNU77FN3H42LMK6	Fecha	07/12/2023
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ SANTIAGO MACHO MACHO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/4



SEGUNDO: Contra dicho auto por la parte demandante se interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite, se dio traslado a la parte demandada, que se opuso al mismo.

TERCERO: No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 11 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si el auto dictado en la instancia, en cuanto que desestimó la adopción de la medida cautelar interesada y consistente en suspender la ejecución de la resolución es ajustada o no a derecho, entendiéndose al parte apelante que no lo es y ello por cuanto que una vez que consta que con fecha el mes de mayo de 2021, tras los informes favorables, se le concedió licencia para instalar un toldo en la vía pública, no siendo razonable, por un lado, que en el mes de enero de 2022, se revoque dicha autorización, no pudiéndose argüir que su instalación perjudique a los intereses generales pues en la calle en donde se encuentra instalado el toldo hay otros pertenecientes a otros establecimientos, lo que hace que su retirada no deje expedita la vía pública, y por otro que en todo caso se retirarse dicho toldo sin esperar al dictado de la sentencia definitiva, sería imposible retrotraer técnicamente las cosas a su estado primitivo, cuestión distinta a que pueda instalarse una nueva terraza con nuevos gastos y desembolsos, ello aparte de la pérdida de clientela, descredito y desigualdad con los otros establecimientos a los cuales se les ha permitido la instalación de toldos.

SEGUNDO: Pues bien, la pretensión de la parte apelante no puede ser acogida, lo que conlleva la desestimación del recurso de apelación no ya solo porque dicho recurso no puede ser tenido como un segundo juicio en el sentido de que el tribunal ad quem se pronuncie acerca de la oportunidad de adoptar una medida cautelar, sino que es un recurso contra el auto en el que el juzgador resolvió sobre dicha cuestión, lo que conlleva que de lo que se trata es determinar si dicha resolución no se ajusta a derecho bien por no haber valorado correctamente las pruebas practicadas, bien por no haber aplicado correctamente la normativa reguladora, en definitiva no es el objeto del recurso de apelación volver a enjuiciar la resolución administrativa, lo razonado en el auto recurrido debe ser compartido pues una vez que en el art 130 de la L.29/98 se establece que “1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada” y teniendo en cuenta que el mantenimiento del toldo perjudica a los intereses generales en cuanto que impide el tránsito de los peatones, lo que ha sido objeto de quejas por parte de estos, en el conflicto de intereses ha de darse preferencia a los generales, sin que a ello se opongan los motivos que alega la parte por los que se sostiene por un lado, que su retiro actual causaría perjuicios irreparables, pues, no es dable confundir el término “irreparable” con “incomodos o molestos”, siendo claro que, de prosperar el recurso los perjuicios que se hubiesen podido ocasionar, podrían ser resarcibles



Código:	OSEQRNJMGZ2DB7MRNU77FN3H42LMK6	Fecha	07/12/2023
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ SANTIAGO MACHO MACHO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/4



y y reparables, por otro que con respecto a otros establecimientos vecinos no se acordó la retirada de los toldos, pues, aun cuando fuese así, cuestión que ignora este tribunal, ello por si mismo no priva de legalidad a la resolución recurrida, ni por otro , que meses antes se le hubiese concedido la licencia, pues al tratarse de un revocación motivada por las quejas vecinales, es obvio que al concederse la licencia no concurría dicha causa, pues de ser así no se habría concedido, no por tro lado que se causarían perjuicios a ter ceros, em concreto a las personas contratadas como trabajadores, pues ello por si mismo no afecta a la legalidad de la resolución recurrida, ni puede impedir su ejecución, siendo otros los remedios con los que se atiende a dichos perjuicios.

TERCERO: En cuanto al pago de las costas procesales y vista la desestimación de la pretensión cautelar, procede condenar a su pago a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimar de recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a Paloma Calatayud Guerrero, en nombre y representación indicados, contra el auto dictado el 15 de diciembre de 2022, por el juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Málaga, en autos 308/2022el 15 de diciembre de 2022, confirmándolo en todos sus pronunciamientos, condenando a la parte apelante al pago de las costas procesales causadas por el incidente cautelar.

Hágase saber a las partes que contra este auto cabe recurso interponer recurso de reposición en el plazo de cinco días .

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los magistrados que constan en el encabezamiento

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.



Código:	OSEQRNJMGZ2DB7MRNU77FN3H42LMK6	Fecha	07/12/2023
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ SANTIAGO MACHO MACHO		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/4



Código:	OSEQRNJMGZ2DB7MRNU77FN3H42LMK6	Fecha	07/12/2023
Firmado Por	FERNANDO DE LA TORRE DEZA		
	MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ		
	SANTIAGO MACHO MACHO		
	MARIA INMACULADA NUÑEZ PEDRAZA		
URL de verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	4/4