

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso de apelación SALA TSJ 2172/2023 - Recurso de apelación nº 832/2023

Partes: [REDACTED], SL

C/ AJUNTAMENT DE GIRONA Y [REDACTED]
[REDACTED]

SENTENCIA Nº 3846/2024 - (Secció: 615/2024)

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Jordi Palomer Bou

Doña Montserrat Figuera Lluch

Doña Laura Mestres Estruch

En la ciudad de Barcelona, a **12/11/2024**

VISTOS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCIÓN SEGUNDA), constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguiente sentencia en el rollo de apelación nº 832/2023, interpuesto por [REDACTED], representado por el Procurador de los Tribunales JORDI FONTQUERNI BAS y asistido de Letrado/a, contra AJUNTAMENT DE GIRONA representado por el Procurador IGNACIO DE ANZIZU PIGEM y asistido de Letrado/a y contra [REDACTED] DE GIRONA, representado por la Procuradora de los Tribunales PALOMA ISABEL CEBRIAN PALACIOS y asistido por Letrado/a.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Laura Mestres Estruch , quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Contencioso Administrativo 2 Girona (UPSD Cont.Administrativa 2) dictó en el P.S. medidas cautelares nº 1/2023, el Auto definitivo de fecha 18 de mayo de 2023, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimo la solicitud de medida cautelar presentada por la representación porcesal de inmobiliaria [REDACTED] frente al Decreto de Alcaldía de Roses, de 15 de noviembre de 2022, que desestima el recurso de reposición interpuesto frente al decreto de la alcaldía de Girona de 30 de mayo de 2022, que ordena la restauración de la legalidad física alterada mediante el derribo de unas pasarelas de estructura metálica dispuestas en el celobuerto posterior del inmueble sito en plaça del Vi 7. No se hace pronunciamiento respecto de las costas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución, se interpuso recurso de apelación, siendo admitido por el Juzgado de Instancia, con remisión de las actuaciones a este Tribunal previo emplazamiento de las partes, siendo parte apelante [REDACTED] SL, y apelada AJUNTAMENT DE GIRONA Y [REDACTED].

TERCERO.- Desarrollada la apelación se señaló día y hora para votación y fallo, que ha tenido lugar el día 30 de octubre de 2024.

CUARTO.- En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contra el auto 68/2023 de 18 de mayo, dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo número 2 de Girona, en la pieza separada de medidas cautelares coetáneas 1/2023, en el marco del procedimiento ordinario frente al decreto de Alcaldía de Girona, de 15 de noviembre de 2022 que desestima el recurso de reposición interno puesto frente al decreto de alcaldía de Girona de 30 de mayo de 2022, que ordena la restauración de la legalidad física alterada mediante el derribo de una pasarela de estructura metálica dispuesta en el cieloabierto posterior del inmueble sito en la plaza del Vi número 7. Habiendo interesado la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado,

desestimando el dicho auto la solicitud de medidas cautelares solicitadas por la recurrente sin hacer especial pronunciamiento en costas.

Por lo que aquí interesa expone el referido auto: "En el presente caso, se interesó la suspensión cautelar del decreto impugnado por considerar que la retirada de las obras, consistentes en la instalación de pasarelas metálicas en el patio interior del edificio sito en la plaza del Vi número 7 determina la pérdida de la finalidad legítima del recurso. La administración demandada alegó que las obras de restauración de legalidad son necesarias, por afectar a las condiciones de iluminación y ventilación del patio interior de la finca, integrada también por la fachada del edificio sito en la Rambla de libertad 10 que resulta directamente afectado por las obras cuya restauración se pretende. Como resulta de la jurisprudencia expuesta no procede en este estado procesal valorar el fondo del asunto, so riesgo de prejuzgar la decisión definitiva. Respecto a la ponderación de intereses en conflicto la ejecución del acto impugnado no supone el derribo de la edificación, ni de sus partes habitables o estructurales, ni aún de elementos adyacentes que influyen en la habitabilidad o aprovechamiento urbanístico; sino que afecta a elementos calificados por la propia actora de carácter decorativo. Por su parte, la administración opuso la posible afectación de las pasarelas a la iluminación y ventilación del patio interior, del que forma parte una de las fachadas del edificio sito en Rambla de libertad 10, que resulta directamente afectado.

En consecuencia, la defensa de la legalidad urbanística con afectación de intereses de terceros debe prevalecer, en sede cautelar, respecto al interés del demandante en el mantenimiento de un elemento que no incide en los parámetros de habitabilidad de la finca y que es considerado como puramente estético por la actora. En consecuencia, se desestima la medida solicitada."

SEGUNDO.- Comparece la actora y apelante formalizando recurso y exponiendo en síntesis como motivos del mismo.

1. Improcedencia del auto impugnado atendiendo que realiza una defectuosa e injustificada ponderación de los intereses en conflicto para la resolución de la solicitud de la medida cautelar. El análisis del peligro en la mora debería llevar necesariamente a la estimación de la medida cautelar solicitada y a la suspensión de la ejecutividad de la orden de restauración dictada, por cuanto, es evidente que el derribo (retirada de las pasarelas metálicas del patio interior del edificio propiedad de aquella), supondría la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Puesto que la obtención de una eventual Sentencia estimatoria de las pretensiones sería inútil, por la dificultad y el elevado coste económico de volver a instalar las pasarelas previamente retiradas. Asimismo el juzgado realiza una errónea

interpretación del carácter decorativo de las pasarelas discutidas. Pues esto en ningún caso presupone que fuese una restauración fácil y sin coste económico, sino que la referencia se hacía por tratarse de un elemento ligero del edificio que no produce un perjuicio a la ventilación o iluminación del patio interior donde se instaló cumpliendo así con la normativa sobre ventilación de patios contenida en el PGOU de Girona. Por tanto el interés particular no se puede identificar en la voluntad de mantener un simple elemento decorativo, que pudiese ser fácilmente restaurado, sino en la de evitar cautelarmente la ejecución de una orden que afecta a una instalación del edificio cuya retirada no es sencilla dada su ubicación, y tiene un elevado coste económico. En 2º lugar la defectuosa ponderación de los intereses en conflicto se realiza desde el momento en que se aprecia la concurrencia de un interés público en la ejecución inmediata y urgente de la orden, pues no se justifica ni acredita la concurrencia de ninguna razón de urgencia que avalen la denegación de la medida. En este sentido el Juzgado es contradictorio pues el carácter decorativo que se atribuye a las pasarelas debería de avalar la procedencia de adoptar la medida cautelar. Añade que el hecho de que se encuentren en un patio interior propiedad de la propia actora sin ser visibles desde el espacio público es otra circunstancia para concluir que no existe un motivo de interés público. Indicando además que si las pasarelas interiores perjudica la visión o la ventilación es precisamente el objeto del pleito principal.

2. En cuanto a la apariencia de buen derecho, indica que, las pasarelas objeto de la orden de restauración no fueron informadas desfavorablemente por el Ayuntamiento en la valoración de la primera solicitud de modificación de la licencia de 2018, constando grafiadas y descritas en el proyecto básico presentado, dando a entender en aquel momento, que las pasarelas se ajustaban a las previsiones del planeamiento. Asimismo en cualquier caso, las pasarelas metálicas instaladas no contravienen el planeamiento y son susceptibles de legalización con una modificación no sustanciales del proyecto autorizado por la licencia de obras de 2018, pudiendo decir desde ya que dichas pasarelas no infringen el artículo 79 de las normas urbanísticas del PGOU de Girona. Asimismo para el caso que el patio Interior fuese considerado un patio de ventilación y no un cieloabierto tampoco vulneraría el referido artículo 79. 6º porque la estructura metálica instalada no reduce la dimensión del patio interior de la finca por debajo de la mínima exigida para los patios de ventilación, un cilindro de 2 m de diámetro como mínimo.

Comparece la administración demandada formulando oposición al recurso y solicitando la desestimación del mismo por ser conforme a derecho de la resolución recurrida.

Expone en síntesis que en la solicitud formulada por la actora no se acreditan los daños irreparables que se ocasionarían al recurrente, sino que únicamente se limita a decir que le ocasionarían unos perjuicios de imposible reparación, sin tener en cuenta la posibilidad de retornar a la situación actual en caso de estimarse la pretensión de la parte interesada.

En cuanto a la afectación del interés general viene motivado por el incumplimiento flagrante del ordenamiento jurídico urbanístico, y en cuanto a la afectación a los intereses de terceros, viene motivado por el hecho que las pasarelas se han dispuesto de manera que su estructura sea empotrado sobre la fachada del edificio de la Rambla libertad 10, afectando y reduciendo las condiciones de iluminación y ventilación.

Respecto de la apariencia de buen derecho, y teniendo en consideración los antecedentes, informes y resoluciones que constan en el presente expediente de protección de la legalidad urbanística, así como de la documentación que obra en el expediente administrativo de tramitación de la licencia urbanística para la rehabilitación del edificio unifamiliar número 20180398, licencia 2018, queda suficientemente acreditado que no concurre en este caso, el presupuesto complementario innecesario para ponderar la adopción de la medida cautelar solicitada por el interesado.

TERCERO.- La adopción de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, está presidida, a partir de la regulación contenida en los artículos 129 y 130 LJCA, por la garantía de la efectividad de la Sentencia y la evitación de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, siempre a la luz de la valoración de los intereses concurrentes en el supuesto examinado.

Así para la adopción o denegación de la suspensión de las medidas cautelares en sede Jurisdiccional contencioso-administrativa, conforme a la regulación legal y a la luz de la Jurisprudencia deben seguirse y ponderarse los siguientes criterios:

1º La valoración de si la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso (lo que supone la preservación al recurrente del derecho a la tutela judicial efectiva en esta fase cautelar); esta valoración exige un juicio de razonabilidad de la medida que exige la presencia de los siguientes requisitos:

a) el *periculum in mora*, requisito fundamental que conecta dicha apariencia fundada de buen derecho con los perjuicios que la suspensión puede irrogar al demandante, perjuicios que deben ser de difícil o imposible reparación -interpretado conforme al criterio que luego se expone-, toda vez que la finalidad de las medidas cautelares es asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se adopte y por ello su adopción debe apreciarse en relación a la necesidad de que el órgano jurisdiccional tenga que pronunciarse -en esta fase- para evitar tal

perjuicio grave e irreparable, esto es perjuicios que no podrían ser reparados si el acto administrativo llegara a ser declarado inválido.

Ahora bien la exigencia de la acreditación siquiera indiciaria de la existencia de tales daños, no es sino expresión de la instrumentalidad de la medida cautelar para con el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo entenderse este requisito en el sentido de daño o perjuicio, de situación en suma, de difícil o imposible reparación pero no como equivalente a "de imposible o difícil valoración económica" sino como equivalente a "impeditivo o gravemente obstaculizante del disfrute de tal derecho a la tutela judicial efectiva"; en otras palabras, del efecto útil de una hipotética sentencia estimatoria de las pretensiones.

Es decir que ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales (ATS 8-5-2012).

b) el denominado *fumus bonis iuris* o apariencia fundada de buen derecho, esto es la existencia, "prima facie", de datos relevantes, que sin prejuzgar el fondo del pleito principal dé la apariencia de buen derecho, esto es que la pretensión principal tenga perspectivas de éxito (en los términos y límites previstos por nuestra Jurisprudencia STS 14-12-2015).

Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (ATS de 20 de mayo de 1993).

Esta doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

El Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros y sin ánimo exhaustivo, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de la existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

c) Y finalmente, un requisito procesal, como es la necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean 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.

CUARTO.- Centrándonos en la concurrencia de los elementos antes expuestos conforme a los términos de la apelación, cabe destacar presentes que el recurrente no ha negado en ningún momento el carácter y finalidad ornamental de las referidas pasarelas, lo que concuerda con el análisis de la ponderación de los intereses en conflicto que realiza el Auto en la instancia. Por cuanto la inmediata ejecutividad de la resolución, no supone un empeoramiento de las condiciones de habitabilidad de la finca de referencia ni afecta a su estructura, ni imposibilita su uso, en tanto que el elemento objeto de discusión, las pasarelas metálicas son un elemento ornamental en términos de la propia actora. De modo que ha de ponderarse por un lado el carácter ornamental de dicha instalación, frente a la necesidad de ventilación y luces.

No puede obviarse en la resolución de los presentes, y en relación a la reparabilidad del daño, que cualquiera que sea el carácter de las pasarelas instaladas, su retirada no supone una destrucción de las mismas, sino que estas pueden volver a ser instaladas, sin que ello suponga una destrucción definitiva de una riqueza creada, y ello aunque conlleve un coste, pues dicho coste, económico y determinable, no determina la irreparabilidad, que además ha de ponerse en relación con la necesidad de luz y ventilación de aquellos que confrontan con el patio de luces o cieloabierto, que se concretan en las personas que residen en el edificio de la Rambla

libertad número 10. Siendo que habitaciones de dicho edificio, sobre el que se han apoyado las vigas que sustentan las pasarelas, dan al dicho patio. Así en una valoración conjunta de ambos elementos, tanto la difícil o imposible reparabilidad en el supuesto en el caso de una Sentencia estimatoria, como la concurrencia de intereses en conflicto, se llega a la conclusión, como efectúa el Auto en la instancia, que aquello que es construido como ornato, que puede ser retirado sin conllevar la destrucción material de la cosa, que permiten su reinstalación posterior, aún esto conlleve un coste; frente al tiempo que el patio, y con mayor concreción las personas que ocupen las fincas alrededor de dicho patio, pueden quedar en una deficiente ventilación y con una deficiente iluminación, cuestión esta que por el natural transcurso del tiempo si que deviene absolutamente irreparable, sin que pueda determinarse en una valoración económica, y ha de prevalecer dichos intereses de terceros, sin que se entienda además acreditada la irreparabilidad.

Cabe destacar que los elementos antes expuestos, no tienen carácter alternativo sino acumulativo, debiendo darse todos ellos para poder acordar la medida cautelar en su caso. De lo expuesto se desprende la no superación del análisis de la concurrencia del peligro en la mora como imposible o difícil reparación, así como el juicio de ponderación con los intereses en conflicto. Por tanto resulta ocioso el análisis de la apariencia de buen derecho, y sin perjuicio de lo anterior cabe destacar que en el estado actual de las cosas existe una resolución que declara dicha instalación como manifiestamente legalizable.

QUINTO.- De conformidad con el criterio del vencimiento objetivo mitigado del artículo 139.2 LJCA, procede imponer las costas del presente recurso a la apelante limitadas a la cantidad de 500 € por todos los conceptos IVA incluido, en atención a la naturaleza cautelar de la resolución impugnada.

FALLO

La Sala acuerda,

1. Desestimar el presente recurso de apelación interpuesto contra el auto 68/2023 de 18 de mayo, dictada por el Juzgado contencioso administrativo número 2 de Gerona, en la pieza separada de medidas cautelares coetáneas uno/2023, en el marco del procedimiento ordinario frente al decreto de alcaldía de Girona, de 15 de noviembre de 2022 que desestima el recurso de reposición interno puesto frente al decreto de alcaldía de Girona de 30 de mayo de 2022, que ordena la restauración de la legalidad física alterada mediante el derribo de una pasarela de estructura metálica dispuesta en el cieloabierto posterior del inmueble sito en la plaza del vi número 7. Habiendo interesado la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado,

desestimando el dicho auto la solicitud de medidas cautelares solicitadas por la recurrente sin hacer especial pronunciamiento en costas.

2. Imponer las costas del presente recurso a la apelante, en la cantidad limitada de 500 € por todos los conceptos IVA incluido

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada D^a. Laura Mestres Estruch , estando la Sala celebrando audiencia pública. Doy fe.

Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 12/11/2024 14:33

Mensaje

IdLexNet	202410719894373	
Asunto	Sentencia APELACION_Auto Recurs d'apel·lació	
Remitente	Órgano	T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.2 de Barcelona, Barcelona [0801933002]
	Tipo de órgano	T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
Destinatarios	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]	
	Colegio de Procuradores	II-lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora envío	12/11/2024 13:59:44	
Documentos	03991_20241112_1357_0019056900_01.rtf (Principal)	
	Hash del Documento: 15842ac3292baf370cc6770cb45b57f96f83ae2c6722b0aadb7c28dc5ebd7b22	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	FIC N° 0000832/2023
	Detalle de acontecimiento	Sentencia APELACION_Auto

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
12/11/2024 14:33:31	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-II-lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
12/11/2024 13:59:46	II-lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-II-lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.