

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NUMERO 2 DE ALMERIA**

C/ CANONIGO MOLINA ALONSO, 8 - 4ª Pta.
04005

Tel.: 950-00-27-13 Fax: 950-00-27-14

N.I.G.: 0401345020050001024

Procedimiento: PIEZA SEPARADA 18.1/2006. Negociado: MC

Recurrente: ASOCIACION SALVEMOS MOJACAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE

Letrado: JOSÉ IGNACIO DOMÍNGUEZ

Procurador: MERCEDES MARTÍN GARCÍA

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE CARBONERAS

Representante: LETRADO DEL AREA DE APOYO A MUNICIPIOS DE LA EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE ALMERIA

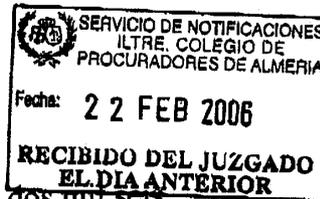
Letrados: LETRADO DEL AREA DE APOYO A MUNICIPIOS DE LA EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE ALMERIA

Acto recurrido:

AUTO

D. JESUS RIVERA FERNANDEZ

En ALMERIA, a veintiuno de febrero de dos mil seis.



HECHOS

UNICO.- Por providencia de fecha 26 de enero del año en curso, se acordó la incoación de la medida cautelar de suspensión de la paralización de las obras en curso en el Hotel Azata del Sol y en el Sector S.T1, así como la suspensión de la tramitación del nuevo PORN del Parque Natural de Cabo de Gata Níjar, en tanto no recaiga sentencia firme en el presente procedimiento y que así se acuerde de conformidad.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como recuerda la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 2 de marzo de 2004, (recurso de casación número 1697/2002; ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde, "... la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI), se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de

aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LJ), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de éstas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJ).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia de *periculum in mora*. 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 legítima al recurso".

3ª. 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".

4ª. Desde una perspectiva procedimental, la nueva ley apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "previa valoración circunstanciada de todos los 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.

5ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un nuevo sistema de "numerus apertus", de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

6ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "en cualquier estado del proceso" (129.1, con la excepción del núm. 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 éste finalice por

cualquiera de las causas previstas en la Ley (132.1 y 2).

7ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de 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 (133.3)".

SEGUNDO.- La calendada sentencia declara, además, que, "... sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998.

En los AATS de 22 de marzo y 31 de octubre de 2002 se señala que "esta Sala ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, 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*"; resoluciones que señalan que el mismo "opera como criterio decisor de la suspensión cautelar".

Por su parte, los AATS de 2 de noviembre de 2000 y 5 de febrero, 21 de marzo y 25 de junio de 2001 exponen que "en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, partiendo de aquel principio general -no otro sentido puede tener el adverbio "únicamente" del artículo 130.1-, se permite al Órgano Jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) 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 o imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales 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; y

c) 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".

Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003, "la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen".

TERCERO.- Antes de la decisión sobre la medida cautelar referida a la paralización de las obras del "Hotel Azata", ha de anticiparse la improcedencia de la solicitud de suspensión del expediente de aprobación del nuevo Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, por dos evidentes razones: la primera, porque, siendo la aprobación del dicho PORN, una disposición general (se materializa por Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía), el conocimiento de los recursos e impugnaciones contra los actos administrativos que, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley Jurisdiccional, fuesen pertinentes, quedaría sustraído a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, que, ex artículo 10.1.b) de la mencionada Ley, vendría atribuida a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

CUARTO.- En lo que atañe a la solicitud de paralización de las obras del "Hotel Azata del Sol", y sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso principal, el discernimiento sobre su viabilidad o no exige la indagación de los hitos históricos representados, de una parte, por la aprobación definitiva del Plan Parcial del Sector R-5 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Carboneras, y, de otra, por la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, con su régimen transitorio.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos apuntados, ha de resaltarse que el precitado Plan Parcial -hoy, ST-1- se aprobó por la Comisión Provincial de Urbanismo en la sesión de 26 de mayo de 1988, siendo publicada la aprobación en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería núm. 179, de fecha 4 de agosto de 1988.

En lo concerniente al segundo de los esenciales momentos cronológicos, debe significarse que la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, con arreglo a su Disposición Final Tercera, entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el día 29 de julio de 1988 (BOE núm. 181, de dicha fecha).

La primera conclusión que es obligado extraer es que, atendida la fecha de publicación de la aprobación del susodicho Plan Parical, 4 de agosto de 1.988, le resultaba de aplicación el régimen jurídico instaurado por la Ley de Costas, y ello abstracción hecha de que la aprobación del mismo hubiese tenido lugar con anterioridad, pues el Plan Parcial, como instrumento

urbanístico que es despliega sus efectos a partir de la publicación, ex artículo 70.2 de la Ley 17/1985, en el Boletín Oficial de la Provincia de su texto completo.

QUINTO.- Sentado cuanto antecede, es preciso subrayar que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1, de la Ley de Costas, " las disposiciones contenidas en el título II sobre zonas de servidumbre de protección y de influencia serán aplicables a los terrenos que a la entrada en vigor de la presente Ley, están clasificados como suelo urbanizable no programado y suelo no urbanizable, disponiendo su apartado 2 que, "en los terrenos que, a la entrada en vigor de la presente Ley, estén clasificados como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización se mantendrá el aprovechamiento urbanístico que tengan atribuidos, aplicándose las siguientes reglas:

a) Si no cuentan con Plan parcial aprobado definitivamente, dicho Plan deberá respetar íntegramente y en los términos del apartado anterior las disposiciones de esta Ley, siempre que no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística.

b) Si cuentan con Plan Parcial aprobado definitivamente, se ejecutarán las determinaciones del Plan respectivo, con sujeción a lo previsto en el apartado siguiente para el suelo urbano. No obstante, los Planes aprobados definitivamente con posterioridad al 1 de enero de 1988 y antes de la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarios a lo previsto en ella, deberán ser revisados para adaptarlos a sus disposiciones, siempre que no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística. La misma regla se aplicará a los Planes parciales cuya ejecución no se hubiera llevado a efecto en el plazo previsto por causas no imputables a la Administración, cualquiera que sea la fecha de su aprobación definitiva ".

Pues bien, el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho de la medida cautelar impetrada por la actora obliga ineluctablemente, siquiera sea a los interinos efectos de la declaración cautelar, a una incursión en los fundamentos del recurso principal para poder valorar, adecuadamente, dicha apariencia de buen derecho de las pretensiones que, atendiendo al esencial presupuesto legal del *periculum in mora* (artículo 130.1, inciso segundo, de la Ley Jurisdiccional), justifique una eventual adopción de la medida cautelar solicitada ante el riesgo de la pérdida de la finalidad legítima del recurso.

Dicho esto, en cualquiera de las dos hipótesis contempladas en los trascritos apartados 1 y 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Costas, resultaría adornada de apariencia de buen derecho la medida cautelar pedida. En efecto, en primer lugar, si partimos de que el Plan Parcial sería válido desde su aprobación (26 de mayo de 1988, fecha del acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo), mas no eficaz ex artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de la Bases de Régimen Local, tanto en su redacción primitiva como en la nacida de la reforma operada por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, dado que tal aprobación no se publicó en el BOP hasta el 4 de agosto de 1988, es claro que el Plan Parcial debió respetar íntegramente las disposiciones de la Ley de Costas (señaladamente, los artículos 23 y 25).

Pero es que, en segundo lugar y en cualquier caso, y aún admitiendo la clasificación de urbanizable del suelo sobre que se desarrollan las obras del cuestionado hotel de conformidad con las NN.SS. de Carboneras aprobadas definitivamente el 28 de enero de 1988-, el apartado 2 de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Cosntas constreñirá a la revisión del censurado Plan Parcial, por cuanto tanto su aprobación definitiva, en 26 de mayo de 1988, como su publicación, 4 de agosto de 1.988, fueron posteriores al 1 de enero de 1.988.

Y se dice que, en ambos supuestos, devendrían aplicables las disposiciones de la Ley de Costas atinentes a la extensión de la zona afectada por la servidumbre de protección en el entendimiento de las circunstancias cronológicas de que se ha hecho mérito y de su necesaria e íntima relación con el dato o elemento de hecho esclarecido en el informe del Ingeniero Técnico en Topografía, Don Ernesto Ledesma Mellado, quien, en sus conclusiones, asevera, amén de que la zona en que se está construyendo el complejo hotelero se encuentra dentro de la Subzona C1, calificada como "Área Natural de Interés General", que *"la zona de servidumbre de protección, de cien (100) metros de ancho,..., ha sido invadida totalmente por las actuaciones llevadas a cabo en la construcción de un hotel"*.

Debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal sobre la exégesis de la Disposición Transitoria Tercera la Sección Quinta de la Sala Terera, en sentencia de 12 de mayo de 2.004 (recurso de casación núm. 199/2002; ponente Excmo. Sr. Don Rafael Fernández Valverde), en su

fundamento jurídico sexto, declara que, "como en el caso enjuiciado los terrenos, gravados con la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, no contaban con Plan Parcial definitivamente aprobado..., nos ceñiremos a este primer supuesto, contemplado en los apartados 2 a) de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Costas y 1ª) de la Disposición transitoria octava de su Reglamento, reiterando lo expresado en la sentencia de precedente cita: "Al aprobar la Administración General del Estado un deslinde fijando el límite del dominio público marítimo-terrestre y, en su caso, (artículos 19.1 y 26.1 del Reglamento de Costas), la línea de la ribera del mar cuando ésta no sea coincidente con aquél, si el suelo, gravado con la servidumbre de protección, está clasificado como urbanizable programado o apto para urbanizar sin que cuente con Plan Parcial definitivamente aprobado, dicha servidumbre recaerá, en principio, sobre una zona de cien metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23. 1 de la Ley de Costa sy 431 de su Reglamento), debiéndose señalar en el plano el límite interior de la zona de servidumbre de protección (artículo 12.5 de la Ley de Costas, 19.3 y 21.2 de su Reglamento)". A continuación, añade la misma sentencia que "ahora bien, como la aplicación de los citados preceptos reguladores de la superficie afectada por la servidumbre de protección se supedita por la Disposición Transitoria tercera 2 a) de la Ley de Costas y por la Disposición Transitoria octava 1ª) del Reglamento a que tal afectación no dé lugar a indemnización de acuerdo con la legislación urbanística, esa superficie de cien metros, medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar con las limitaciones derivadas legalmente de la servidumbre de protección, pende para su consolidación de la aprobación definitiva del Plan Parcial correspondiente por las Administraciones urbanísticas correspondientes, ya que, si al ser éste aprobado definitivamente, resultase que son indemnizables determinados aprovechamientos urbanísticos atribuidos al suelo por el Plan General de Ordenación Urbana, la superficie gravada con la servidumbre de protección se reducirá para evitar tales indemnizaciones, procurando que la anchura de la zona de protección sea la máxima posible dentro del respeto al aprovechamiento urbanístico atribuido por dicho planeamiento, sin que, en ningún caso, pueda ser, lógicamente, inferior a los veinte metros establecidos por las mismas Disposiciones transitorias para el suelo urbano, en cuyo caso resultaría aplicable lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Costas y la Disposición Transitoria novena de su Reglamento, en relación con la Disposición Transitoria cuarta 2 de aquélla ". "En cualquier caso, sigue diciendo la calendada sentencia, como establece el apartado 2 de la Disposición Transitoria octava del Reglamento de Costas, sólo

valientemente, dice que "el auto que deniega la medida cautelar no es conforme a Derecho por estar fundado en una motivación que desconoce:

1º) La apariencia de buen derecho que tiene la pretensión deducida por el defensor de la Administración del Estado en autos principales, tendente a impedir que se culminen unas obras legalmente prohibidas en el lugar donde se llevan a cabo.

2º) La prevalencia de unos intereses generales sobre los particulares subyacentes a la terminación de la obra.

3º) La procedencia de adoptar aquella medida que, en defensa del interés general, asegure la efectividad de la sentencia, toda vez que durante el tiempo que transcurra hasta que aquella se dicte puede suceder, si la medida cautelar no se adopta, que la invasión de la zona de servidumbre se consume, perdiendo así el recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima, resultado que ha de ser evitado por imperativo de lo establecido en el art. 130.1 de la L.J., precepto que el auto ha vulnerado...".

En definitiva, y facultando la Ley Jurisdiccional para la adopción "de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia" (artículo 129.1), se está en el caso de acordar la paralización de las obras del complejo hotelero que, en la actualidad, se construye en la playa de "El Algarrobico", del término municipal de Carboneras, al estar amparadas en una licencia que presenta apariencia de ilegalidad, por invasión de la zona de servidumbre de protección establecida en el art. 23.1 de la Ley de Costas, y ello ante una eventual estimación del recurso, que obligaría a la Administración a la revisión de la expresada licencia. Todo ello, sin perjuicio de lo que se resuelva en el proceso principal, y sin que la adopción de la medida cautelar prejuzgue la decisión definitiva.

En méritos a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Suspendo las obras que se ejecutan para la construcción del "Hotel Azata del Sol", en la playa denominada de "El Algarrobico", de Carboneras, autorizadas por la licencia municipal de obras concedida por la Comisión de

se tendrán en cuenta las disminuciones o reducciones del aprovechamiento urbanístico que, resultando exigibles por la estricta aplicación de la Ley de Costas, supongan una modificación del planeamiento vigente indemnizable con arreglo a la legislación urbanística, por lo que no son obstáculo para la estricta aplicación de los preceptos de la Ley de Costas, entre ellos los relativos a la superficie gravada con la servidumbre de protección, las indemnizaciones que fuesen exigibles por los gastos realizados en la redacción de planes o proyectos, expedición de licencias u otros derivados del cumplimiento de obligaciones impuestas por la normativa vigente".

SEXTO.- Ponderando los distintos intereses en conflicto, y con sustento en los razonamientos precedentes, ha de reputarse prevalente el interés general insito en el respeto a lo dispuesto en la Ley de Costas sobre la servidumbre legal de protección, que, en el caso enjuiciado, recae, como se ha dejado expuesto, sobre una zona de cien metros, invadida totalmente por la construcción del complejo hotelero en la playa de "El Algarrobico".

La licencia de obras cuestionada, con vulneración de lo establecido en el artículo 23.1 de la Ley de Costas, autorizando una construcción proscrita por el artículo 25.1 a) y 2 del citado cuerpo legal, desconoció las expresadas limitaciones y servidumbres, que, ex artículo 21.1 del tan repetido texto legal, son inmunes ante la interposición de cualquier acción.

De no acogerse la medida cautelar solicitada por la parte actora, se produciría, cada vez más en el tiempo, perturbación evidente de los intereses generales, pues, ante el progreso de las obras de construcción, sería más gravoso para el erario público el montante indemnizatorio ante una eventual estimación del recurso que compeliere a la Administración a una expropiación y ulterior demolición de lo construido, dada la imprescriptibilidad de la servidumbre de protección (artículo 21.1, inciso último, de la Ley de Costas).

En un supuesto parecido al que nos ocupa, la sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 25 de febrero de 2.002 (recurso de casación núm. 193/1999; ponente, Excmo. Sr. Don Fernando Ledesma Bartret), cuya doctrina *mutatis mutandi* es plenamente aplicable, que casó los autos de fecha 2 de junio de 1999 y 17 de junio de 1.999, dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso contencioso-administrativo número 573/1.999, en su fundamento jurídico cuarto, vigorosa y

Gobierno del Ilmo. Ayuntamiento de Carboneras en la sesión celebrada el día 13 de enero de 2003.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que constra la misma, cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, en un solo efecto, en el plazo de los QUINCE DIAS siguientes al de su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D. JESUS RIVERA FERNANDEZ, MAGISTRADO-JUEZ del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO 2 DE ALMERIA de ALMERIA. Doy fe.

EL MAGISTRADO-JUEZ

EL SECRETARIO JUDICIAL

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.