



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SEDE GRANADA  
SECCION PRIMERA  
RECURSO DE APELACION 1079/2022.

SENTENCIA N° 3641 DE 2022

**Ilmo. Sr. Presidente:**  
**D. Jesús Rivera Fernández.**  
**Imos. Sres. Magistrados:**  
**D<sup>a</sup>. María Salud Ostos Moreno (Ponente)**  
**D. Miguel Pardo Castillo.**

En la ciudad de Granada, a quince de septiembre de dos mil veintidós.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el **recurso de apelación número 1079/2022** formulado contra el Auto 73/2022, de 17 de mayo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno de Jaén recaído en la Pieza de Medidas Cautelares 13.1/2022. Son intervinientes como parte apelante la entidad **Tanatorio de Alcalá La Real S.L.**, representada por el Procurador D. Luis Alcalde Miranda y asistida por la Letrada D<sup>a</sup>. Lucía Avila Casas y como partes apeladas el **Ayuntamiento de Alcalá la Real**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Cristina León Obejo y asistido por la Letrada D<sup>a</sup>. María Dolores Cabrera Martínez, y **D. Rafael Funes Vallejo**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Teresa del Castillo Codes y asistido por el Letrado D. Luis Higuera Abolafia.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Salud Ostos Moreno, quien expresa el parecer de la Sala.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLC56558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	Fecha	15/09/2022
Firmado Por	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
Url De Verificación	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	Página	1/8





## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. Uno de Jaén dictó, en la Pieza de Medidas Cautelares 13.1/2022, Auto de fecha 17 de mayo de 2022 cuya parte dispositiva acuerda “denegar la medida solicitada por Tanatorio Alcalá de Alcalá La Real S.L., frente a Ayuntamiento de Alcalá la Real, de suspensión de la resolución administrativa impugnada, atendiendo a lo contenido en la fundamentación jurídica; todo ello sin pronunciamiento expreso de condena de costas procesales”.

**SEGUNDO.-** La representación procesal de la demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra el meritado Auto. Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por las partes apeladas escritos de impugnación de dicho recurso.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación el Auto de fecha 17 de mayo de 2022 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. Uno de Jaén en la Pieza de Medidas Cautelares 13.1/2022, cuya parte dispositiva deniega la medida cautelar solicitada por la mercantil Tanatorio de Alcalá La Real S.L. consistente en la suspensión de la eficacia de la resolución impugnada.

La resolución objeto de recurso es el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Alcalá la Real de 5 de noviembre de 2021, adoptado en expediente nº C-754/2021, relativo al procedimiento abierto de adjudicación del derecho de superficie sobre parcela para equipamiento de servicios generales, que desestima el recurso de reposición interpuesto por la recurrente frente a



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLC56558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	Fecha	15/09/2022
Firmado Por	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
Url De Verificación	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	Página	2/8





resolución, Acuerdo de Junta de Gobierno local adoptado en sesión extraordinaria de fecha 1 de junio de 2021 por la que se adjudica definitivamente el citado contrato a D. Rafael Funes Vallejo.

El Auto apelado basa su pronunciamiento denegatorio en dos consideraciones que de modo muy esquemático pueden exponerse así: prevalencia del interés general y del interés de tercero, Sr. Funes Vallejo, sobre el interés del recurrente; y falta de acreditación de periculum in mora. En definitiva, se funda la denegación en la no concurrencia de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar.

**SEGUNDO.-** La parte apelante interesa la revocación del auto recurrido y la concesión de la medida cautelar interesada, suspendiendo el acuerdo impugnado durante la tramitación y hasta que recaiga resolución firme del procedimiento principal.

Argumenta, en síntesis, la inexistencia de perjuicio real alguno que justifique la denegación de la medida. Considera que la valoración de los perjuicios realizada por la Administración en vía administrativa que le llevó a suspender la ejecución del acto recurrido, permanece incólume, no obstante la oposición de la defensa de la misma Administración en vía judicial, yendo contra sus propios actos; entiende, igualmente, que la suspensión acordada extiende sus efectos a la vía jurisdiccional conforme al artículo 117 LPAC, por lo que la resolución judicial que se dicte debe contener una motivación reforzada que justifique el error o la actuación flagrantemente ilegal de la Administración. Afirma que si la decisión de la Administración se ha realizado con la adecuada ponderación y análisis, no es razonable que el órgano judicial se separe del criterio administrativo. Alega que no existe posibilidad de dilación alguna en la construcción del tanatorio con la suspensión solicitada, pues las actuaciones necesarias antes de poder edificarlo van a representar años y este procedimiento habrá concluido mucho antes; considera que el verdadero perjuicio para el interés público es licitar y entrar a un tercero un derecho edificatorio urbano sobre dominio público por 75 años, a cambio de un canon anual de 1.035 euros, cargando además el municipio con los posibles sobrecostes de la urbanización del sector, siendo innegable que es su recurso el que está defendiendo el interés público. Argumenta que sí concurre periculum in mora en cuanto que las actuaciones municipales posteriores han revelado el peligro de causar al erario público un daño irreparable si no se adopta la medida cautelar. Considera, por último, que las infracciones denunciadas son determinantes de nulidad radical entendiendo que concurre apariencia de buen derecho.

**TERCERO.-** La representación procesal del Ayuntamiento de Alcalá la Real se ha opuesto al recurso de apelación deducido de contrario interesando la confirmación del Auto impugnado y, subsidiariamente, caso de estimación del recurso, se exija caución por importe de 726.438,52 euros.



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLCs6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	Fecha	15/09/2022
Firmado Por	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
Url De Verificación	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	Página	3/8





Muy en síntesis, argumenta que el recurrente no acredita los perjuicios irreparables para el mismo, que pudieran derivarse de la no suspensión de la resolución impugnada durante el plazo de tramitación del recurso, al tiempo que han quedado adverbados graves e irreparables daños para el adjudicatario, codemandado, y para el interés público, provocando la dilación e incluso imposibilidad de obtener un servicio de interés general del que la población carece en el territorio afectado. Tampoco acredita la apariencia de buen derecho, sin que hubiera discutido ni recurrido los pliegos de condiciones administrativas del concurso ni ninguna otra resolución del proceso, en el que participó como licitador. Argumenta que no existe incoherencia en el actuar de la Administración por haber adoptado una suspensión de escasa duración para la resolución de los recursos de reposición y revisión interpuestos, recursos que se tramitaron y resolvieron en una misma resolución en sentido desestimatorio. Se extiende, por lo demás, la apelada en alegaciones que afectan al fondo del asunto.

**CUARTO.-** La representación procesal de D. Rafael Funes Vallejo ha formulado oposición al recurso de apelación interesando la confirmación del auto recurrido.

Argumenta que el recurso es una reproducción de la solicitud de la pieza separada sobre las que ya recayó pronunciamiento desestimatorio y ha sido objeto de valoración por el órgano judicial, desvirtuando el carácter revisor del recurso. Alega que el periculum in mora y la ponderación de intereses han sido valorados por el órgano judicial, no encontrando en el recurso planteado ningún hecho o prueba que acredite la pérdida de finalidad legítima del recurso y el fundamento constitucional, al poder verse afectada la tutela judicial efectiva. En la ponderación de intereses que se ha realizado, se manifiesta el perjuicio al interés público y al beneficiario de la adjudicación, y queda acredita la apariencia de buen derecho al encontrarnos ante un acto administrativo con apariencia de legalidad, y se ha cumplido el procedimiento de manera escrupulosa y opera la seguridad jurídica que se le otorga a las situaciones de hecho y de derecho que genera un acto administrativo. Por último, considera que, caso de acordarse la suspensión cautelar, debería exigirse una caución de 726.438, euros, cuantía que se considera suficiente para reparar el daño que supone la dilatación en la ejecución de la obra.

**QUINTO.-** Examinadas las actuaciones y alegaciones de las partes, el recurso de apelación debe ser desestimado. La Sala comparte las acertadas argumentaciones expuestas en el Auto impugnado, coherente en sus apreciaciones y pronunciamientos con la fase procesal en que se encuentra el recurso contencioso-administrativo y con la propia naturaleza y finalidad de las medidas cautelares.

Hemos de realizar una primera consideración. La parte apelante pretende trasladar el régimen de la suspensión administrativa a la jurisdiccional,



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLC6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	Fecha	15/09/2022
Firmado Por	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
Url De Verificación	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	Página	4/8





estableciendo la procedencia de la suspensión del acto recurrido, en el caso de que hubiera obtenido la suspensión en la vía administrativa, o al menos la exigencia de un plus de motivación en la resolución jurisdiccional que deniegue la suspensión cautelar.

No podemos aceptar este planteamiento, sin base alguna en la legislación vigente, y que resulta contrario al principio de plenitud de la jurisdicción, ligado al de tutela judicial efectiva, que exige que el tribunal, en el momento de decidir sobre la adopción de medidas cautelares, adopte la decisión que corresponda conforme a los criterios establecidos en la Ley jurisdiccional, en el ejercicio de su propia potestad cautelar.

Expuesto lo anterior, hemos de recordar que la institución cautelar en el recurso contencioso-administrativo, no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la posición o situación jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino la de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso, de tal forma que la medida cautelar sólo deviene necesaria cuando el citado derecho está en riesgo o, lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo.

Pero esas mismas consideraciones, y en esencia el deber de preservar el efecto útil de la sentencia, y por tanto también de una hipotética sentencia desestimatoria, así como las exigencias del principio de eficacia en el actuar de las Administraciones Públicas, en el que encuentra sustento constitucional el llamado privilegio de la autotutela ejecutiva, obligan asimismo, como es obvio, a ponderar la medida en que el interés público exija la ejecución.

Es más, en su caso, aquellas mismas consideraciones iniciales obligarán también, en el proceso aplicativo del precepto en cuestión, a ponderar la preservación del efecto útil de la sentencia respecto de las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto impugnado, o que tuvieren interés directo en su mantenimiento; o lo que es igual, a contemplar los efectos de la medida cautelar en la situación jurídica de los legitimados como demandados.

En el caso que nos ocupa, no se aprecia 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. El apelante no acredita perjuicios propios derivados de la ejecución del acto impugnado, sino que considera que es su recurso el que defiende el interés general, defensa que constitucionalmente está atribuida a la Administración Pública. El administrado, recurrente y apelante en este caso, no litiga en el proceso contencioso-administrativo en defensa de la legalidad -salvo los supuestos en que por ley se reconoce el ejercicio de la acción pública- sino en defensa de sus derechos e



<b>Código Seguro De Verificación:</b>	8Y12VLCs6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	<b>Fecha</b>	15/09/2022
<b>Firmado Por</b>	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	5/8





intereses legítimos, en este caso, como licitador que no ha obtenido una resolución favorable a dichos intereses, sino un tercero cuyos intereses han de ser igualmente ponderados.

Frente estos intereses particulares del recurrente se alza el interés público municipal amparado y representado en la resolución impugnada dotada ex lege de presunción de legalidad y de ejecutividad, y que sí se vería seriamente afectado como consecuencia de la adopción de la medida interesada, así como los intereses del tercero que ha resultado adjudicatario del contrato.

Este juicio de ponderación, tomando en consideración los intereses públicos y de tercero, ha sido uno de los fundamentos que correctamente ha valorado el Auto impugnado en apelación, ex artículo 130.2 LJCA, exponiendo: “(...) *ya que de atender a la solicitud de medida cautelar de suspensión implicaría el perjuicio de dilatar la construcción de un servicio general como es un tanatorio crematorio por el período que tardara en la resolución firme y definitiva del presente procedimiento, así como afectando a intereses de terceros, y en concreto del que ha resultado adjudicatario, el Sr. Funes Vallejo, en cuanto al lucro cesante que pudiera suponer dejar de percibir como al el derecho de superficie que ha ganado en el proceso de licitación, objeto del recurso contencioso, sin tener en cuenta las cantidades ya desembolsadas en aquel concepto (cuantificadas por aquel, codemandado interesado en el recurso, en 257.757,71 euros). Frente a ello no ha quedado acreditado el periculum in mora, el peligro que la no suspensión de la resolución impugnada, provocaría a la entidad recurrente, ni que la tutela judicial efectiva solicitada se viera desvirtuada por el hecho de no ser adoptada tal suspensión con anterioridad a la resolución final del procedimiento*”

Por otra parte, invoca la apelante, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*. En este sentido, reiterada jurisprudencia ha subrayado que el citado presupuesto exige como causa de suspensión del acto recurrido que concurren dos requisitos: de una parte, una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente, y de otra, una falta de contestación seria de la Administración que destruya aquella apariencia. Respecto de la posición del recurrente, la apariencia de buen derecho ha de tenerse en cuenta, sobre todo, cuando se solicite la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, o cuando se impugne un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, siendo inaplicable, en principio, cuando se predica la nulidad de un acto administrativo en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal. En línea con lo anteriormente expresado, se ha matizado la aplicación del "*fumus boni iuris*" siguiendo una dirección paralela a la observada respecto de las alegaciones de nulidad de pleno derecho, exigiendo que la apariencia de buen derecho sea clara y manifiesta, y resaltando que debe ser apreciada sin necesidad de profundizar en el fondo del asunto, ya que en caso contrario por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el



<b>Código Seguro De Verificación:</b>	8Y12VLCs6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	<b>Fecha</b>	15/09/2022
<b>Firmado Por</b>	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	6/8





propio artículo 24 de la vigente Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

De la anterior doctrina fácilmente puede concluirse en la imposibilidad de adoptar la medida cautelar solicitada en base a la apariencia de buen derecho, y ello porque no se solicita la nulidad de actos dictados en cumplimiento de normas declaradas previamente nulas de pleno derecho, ni se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente y, además, porque las causas de nulidad alegadas por la recurrente aparecen como causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal. Así lo decidió correctamente el Juzgado de instancia en el Auto impugnado.

Procede, en consecuencia, como se avanzó, la íntegra desestimación del recurso de apelación, confirmando la Sala el Auto impugnado.

**SEXTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, las costas procesales habidas se imponen a la parte apelante si bien la Sala hace uso de la facultad prevista en el número cuatro del mismo precepto y fija un límite, en cuanto a los honorarios de letrado, de 1.000 euros.

En atención a lo expuesto y en nombre de S.M. El Rey, la Sala acuerda

### FALLO

1. **Desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Tanatorio de Alcalá La Real S.L. contra el Auto de fecha 17 de mayo de 2022 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de Jaén en la Pieza de Medidas Cautelares 13.1/2022, que confirmamos.

2. Imponemos las costas procesales habidas a la parte apelantes con el límite fijado en el último fundamento de derecho.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y una vez firme devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLCs6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	Fecha	15/09/2022
Firmado Por	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
Url De Verificación	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	Página	7/8





impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024107222, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.  
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*



<b>Código Seguro De Verificación:</b>	8Y12VLCs6558DMYS3K5FBQ3GGFRACF	<b>Fecha</b>	15/09/2022
<b>Firmado Por</b>	MIGUEL PEDRO PARDO CASTILLO JESUS RIVERA FERNANDEZ MARIA SALUD OSTOS MORENO		
<b>Url De Verificación</b>	<a href="https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/">https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/</a>	<b>Página</b>	8/8

