



T.S.J. CASTILLA-LEON CON/AD VALLADOLID
Sala de lo Contencioso Administrativo Sección SEGUNDA
VALLADOLID C/ Angustias s/n
SENTENCIA: 02159/2013

N.I.G: 47186 33 3 2013 0101539

Procedimiento: RECURSO DE APELACION 0000480 /2013

Sobre: URBANISMO

De D./ña. ECOLOGISTAS EN ACCION

Representación D./D^a. MARIA JOSE VELLOSO MATA

Contra ASOCIACION DE INDUSTRIALES DEL MERCADO DEL VAL DE VALLADOLID, AYUNTAMIENTO DE VALLADOLID .

Representación D./D^a. CESAR ALONSO ZAMORANO,

SENTENCIA N° 2159

ILMOS. SRES.

PRESIDENTA DE LA SALA:

DOÑA ANA MARÍA MARTÍNEZ OLALLA

MAGISTRADOS:

DON JAVIER ORAÁ GONZÁLEZ

DON RAMÓN SASTRE LEGIDO

DON LUIS MIGUEL BLANCO DOMÍNGUEZ

En Valladolid, a diez de diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, integrada por los Magistrados expresados más arriba, el presente recurso de apelación registrado con el número 480/13, en el que son partes:

Como apelante: La Asociación Ecologistas en Acción de Valladolid, representada por la Procuradora Sra. Velloso Mata y defendida por el Letrado Sr. Castro Bobillo.

Como apeladas: El Ayuntamiento de Valladolid, representado y defendido por la Letrada de sus servicios jurídicos Sra. Martín Ferreira, y la Asociación de Industriales del Mercado del Val de Valladolid, representada por el Procurador Sr. Alonso Zamorano y defendida por el Letrado Sr. Gómez Rojo.

Es objeto del recurso de apelación el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Valladolid, de 14 de mayo de 2013, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario seguido ante el mismo con el número 23/2013.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado Juzgado dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: "DECIDO.- DENEGAR la adopción de la medida cautelar interesada por la Procuradora Sra. Velloso Mata en nombre y representación de ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, haciendo expresa imposición de costas procesales a la parte solicitante".

SEGUNDO.- Contra dicho auto interpuso recurso de apelación la Asociación Ecologistas en Acción de Valladolid, recurso del que, después de ser admitido, se dio traslado a las partes demandadas, que presentaron sendos escritos de oposición al mismo. Emplazadas las partes, el Juzgado elevó los autos a esta Sala.

TERCERO.- Formado rollo, acusado recibo al Juzgado remitente y personadas las partes, se designó ponente al Magistrado D. Javier Oraá González.

Al no practicarse prueba ni haberse celebrado vista o conclusiones, el pleito quedó concluso para sentencia, señalándose para su votación y fallo el pasado día veintiséis de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpuesto por la Asociación Ecologistas en Acción de Valladolid recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Valladolid de 14 de mayo de 2013, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario seguido ante dicho Juzgado con el número 23/2013, que denegó la suspensión que había solicitado aquélla de los actos que en el mismo se indican -el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Valladolid, de 15 de febrero de 2013, que concedió al Consorcio del Mercado del Val licencia de obra para la instalación de Mercado Provisional para industriales del Mercado del Val en la Plaza Poniente, zona central del Parque Poniente, y

aprobó el Proyecto Básico y de Ejecución presentado al efecto y el Decreto número 2565 del Alcalde de Valladolid del 4 de marzo siguiente, dictado por delegación por el Concejal Delegado General de Urbanismo, Infraestructuras y Vivienda, que autorizó al Consorcio ya mencionado la ocupación temporal de la parcela de propiedad municipal denominada Plaza del Poniente, zona central del Parque, con el fin de instalar de forma provisional el mercado en cuestión-, pretende la Asociación actora aquí apelante que se revoque el auto apelado y que en su lugar se suspendan cautelarmente los acuerdos recurridos, pretensión que en esencia basa en los mismos argumentos que hizo valer en la primera instancia (al fundamentar la apariencia de buen derecho ya no se hace sin embargo mención a algunos aspectos que se adujeron en su día, como la referencia al Plan Integral de Movilidad Urbana Ciudad de Valladolid o la queja expresada en relación con la altura de planta baja) y que según es posible ya adelantar debe ser desestimada.

SEGUNDO.- En efecto, en orden a justificar la desestimación del presente recurso de apelación que acaba de anticiparse y una vez sentado que la adopción de medidas cautelares es siempre una decisión eminentemente casuística, es decir, que exige ponderar las concretas circunstancias de cada caso, conviene empezar dejando claro que el primer criterio a considerar es el de la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso de no acordarse la medida cautelar interesada (artículo 130.1 LJCA) y que tal criterio ha sido calificado por la doctrina jurisprudencial como prioritario (STS 26 enero 2004), decisor de la suspensión cautelar (STS 31 octubre 2006), premisa imprescindible para que pueda adoptarse la misma (STS 21 diciembre 2012), criterio fundamental a la hora de resolver (auto del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2013) o elemento clave, con especial advertencia al significado restrictivo del adverbio "únicamente" del precepto antes citado (STS 1 octubre 2013). Hay que añadir, asimismo, que el propio Tribunal Supremo tiene declarado, por ejemplo en sus sentencias de 8 de noviembre de 2012 y 24 de abril de 2013, que *«el elemento determinante para la adopción de la medida cautelar no es el eventual perjuicio actual que pueda causar la ejecución del acto administrativo, sino el hecho de que ese perjuicio no pueda ser reparado si al final del proceso se dicta una sentencia estimatoria que anule dicho acto recurrido,*

pues esta irreparabilidad es la que impediría que el proceso no (sic) consiguiera su finalidad legítima». Así las cosas y con este punto de partida, hay que poner de manifiesto que tiene razón la juzgadora a quo cuando subraya que no está acreditado que concurra el periculum in mora, particular sobre el que debe destacarse, uno, que la parte actora se ha limitado a afirmar que la instalación de que se trata consumará la agresión a la Plaza del Poniente, dando así por sentado que se producirá una agresión que no concreta y que en todo caso no tiene otro respaldo que el de la propia opinión de la demandante (no consta que haya algún informe desfavorable), dos, que no hay prueba sobre qué perjuicios podrían ocasionarse y en especial sobre el dato de ser los mismos de imposible o difícil reparación, sin que a tal fin pueda aducirse con éxito el informe del Servicio de Parques y Jardines del Ayuntamiento demandado acompañado como documento número 12, del que se hace solo una transcripción parcial interesada y que desde luego no es contrario a la actuación proyectada (en él se deja claro que el impacto en las masa verde más próxima, 150 m² de césped, va a tener un carácter reversible, con posibilidad de recuperación, y que en relación a la masa arbórea el impacto va a ser mínimo, sin que las demás consideraciones que se hacen muestren otros perjuicios), y tres, que no puede desconocerse que lo que autorizan los actos impugnados es una instalación provisional, esto es, que en sí misma tiene vocación de temporalidad -en los dos se habla literalmente de un periodo o plazo máximo de dos años, sin que a priori sean atendibles los temores expresados sobre la posibilidad de que a lo mejor las obras de construcción del nuevo mercado en la Plaza del Val duren más-, por lo que a falta de acreditación de otros perjuicios no parece que resultara difícil, y obviamente menos imposible, la ejecución de una eventual sentencia estimatoria, extremo sobre el que no está de más añadir que, y esto no es controvertido, lo que se proyecta es una instalación provisional absolutamente desmontable que se encuentra asentada sobre un terreno, sin proceder a ninguna excavación y con la posibilidad de ser posteriormente trasladada a cualquier otra ubicación. Dicho lo anterior, no puede sino concluirse que la parte apelante no ha probado en qué medida podría verse afectada la finalidad legítima del recurso de no adoptarse la suspensión por ella pretendida, lo que como se ha expuesto forma parte de la esencia de la medida cautelar (STS 18 julio 2013) y constituye

premisa imprescindible para que pueda acordarse la misma (STS 27 noviembre 2012), conclusión que sin más podría bastar para justificar la decisión desestimatoria de la presente apelación que ha sido adelantada en la medida en que la consideración del *fumus boni iuris* solo se produce en un momento ulterior, o sea, una vez constatado que pueden producirse perjuicios y que es necesario asegurar en su caso la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional -en la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 se estimó el motivo de casación porque la Sala de instancia, en el supuesto allí enjuiciado, se sustentó en exclusiva en la apariencia de buen derecho y omitió identificar en qué consistía el perjuicio que se podía producir al efecto útil de la sentencia o la pérdida de utilidad del recurso, sentencia en la que con cita de la de 23 de marzo de 2010 se pone de relieve que *«la apariencia de buen derecho exige para que se conceda la tutela cautelar que exista o pueda existir un "periculum in mora" para el derecho que se solicita, por lo que es indispensable que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como probable con una probabilidad cualificada»*.

TERCERO.- De todas maneras, y con independencia de lo señalado en el fundamento de derecho precedente, se juzga conveniente añadir a mayores que si bien es verdad que el criterio del *fumus boni iuris* permite valorar con carácter provisional los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar, también lo es desde luego que en modo alguno puede confundirse con el enjuiciamiento sobre el fondo del proceso, entre otras razones porque de no hacerse así *«se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulnerase otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba»* (SSTS 14 enero 1997 y 18 junio 2013). Así las cosas, hay que indicar que no se aprecia que en el caso de que aquí se trata concorra la nulidad invocada de manera ostensible, evidente y manifiesta, esto es, que la misma aparezca con la suficiente entidad como para poner en entredicho la presunción de legalidad que tiene todo acto administrativo (STS 11 junio 1996). Hay que reseñar, a este respecto, que la Jurisprudencia hoy dominante exige una prudente aplicación del *fumus boni iuris* y

que en concreto afirma que no cabe considerar su alegación "cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal" (SSTS 26 septiembre 2006 y 17 marzo 2008 y auto del mismo Tribunal de 9 de abril de 2013), pues está claro que no es el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para definir la cuestión objeto del pleito. En igual dirección, se sostiene en la primera de las sentencias que se acaban de citar que la apariencia de buen derecho ha de resultar de alguna de las situaciones que antes ha indicado (cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados -la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 y su auto del pasado 9 de abril añaden los supuestos en que la nulidad de pleno derecho sea manifiesta o exista un criterio reiterado frente al que la Administración opone una resistencia contumaz-) o del simple examen de la actuación impugnada y no "de valoraciones jurídicas sustanciales... cuya resolución no corresponde al concreto ámbito de una pieza separada de medidas cautelares", criterio que se resalta de manera singular en la medida en que el planteamiento mismo hecho por la recurrente muestra que la petición por ella efectuada se fundamenta en lo que constituye justamente el fondo del pleito, que no puede ser decidido en este momento procesal. En este sentido, basta con indicar, lo que se hace evidentemente sin prejuzgar el fondo, que no es este momento procesal el adecuado para decidir sobre la procedencia o no de los distintos motivos alegados, sin que en cualquier caso pueda dejar de subrayarse al respecto, uno, que tales alegaciones han sido objeto de atención pormenorizada en el primero de los actos impugnados, en el que se recogen los informes técnicos de la Gerencia y del Servicio de Urbanismo que dan respuesta a las mismas, por lo que en este momento y fase procesal la cuestión controvertida dista mucho de estar clara, dos, que la calificación que el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Valladolid hace de la Plaza de Poniente es la de Sistema Local de Espacios Libres Públicos, concepto este que no es coincidente y sí más amplio que el de Zonas Verdes (véase la Disposición Adicional Única del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León), por lo que no puede compartirse la afirmación de la recurrente de que "toda la zona del Poniente tiene la naturaleza

de zona verde”, tres, que la instalación provisionalmente autorizada es la del mercado municipal, que según el PGOU es un equipamiento, por lo que es matizable la aseveración de que el uso permitido sea el comercial, cuatro, que no se ha concretado en qué términos se desenvuelve la especial protección dispensada por el Plan Especial del Casco Histórico de Valladolid y singularmente cómo o por qué se desconoce, y cinco, que no es el incidente de medidas cautelares el momento idóneo para dilucidar la cuestión referente al distinto cómputo de edificabilidades que se hace. Además, debe tenerse en cuenta que según la normativa del PGOU los usos colectivos -y, por tanto, los de equipamiento- no son ajenos al uso pormenorizado de Espacios Libres. En suma, pues, y de forma semejante a lo que se declara en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007, puede concluirse que la apariencia de buen derecho invocada no es manifiesta y evidente sino que ha de someterse a un juicio contradictorio para resolverla con acierto, razón por la que aquélla no es aplicable a la suspensión cautelar interesada a fin de acceder a la misma.

CUARTO.- Debe asimismo desestimarse, por fin, la petición de la apelante referida a la imposición de costas que se le hace en el auto apelado, a cuyo fin debe ponerse de manifiesto que la juez de instancia ha hecho estricta aplicación de la regla general contenida en el artículo 139.1 LJCA, en la redacción hoy vigente (aplicable también a los incidentes de medidas cautelares, como por ejemplo resulta del ya citado auto del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2013), sin que esta Sala encuentre razones para discrepar de la apreciación efectuada por aquélla, o en otras palabras, para considerar ilegal o contrario a derecho que la misma no haya entendido que se daban las dudas que hubiesen posibilitado un pronunciamiento diverso, aspecto que al igual que sucedía con anterioridad con la valoración de si había o no temeridad o mala fe a efectos de imposición de las costas pertenece como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2011, en la que se citan las de 20 de marzo de 2007 y 5 de noviembre de 2010, al ámbito de decisión del tribunal de instancia y queda normalmente confiado, salvo decisión absolutamente irrazonable, al prudente arbitrio de dicho tribunal (así lo ha declarado ya esta Sala en sus sentencias de los pasados 25 de marzo, dictada en el recurso de

apelación número 540/12, y 28 de mayo, dictada en el recurso de apelación número 220/12). En cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia y vista la desestimación del presente recurso, procede su imposición a la parte apelante de conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 LJCA.

QUINTO.- Esta sentencia es firme de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 LJCA, por lo que no cabe contra ella recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de apelación, registrado con el número 480/13, interpuesto por la Asociación Ecologistas en Acción de Valladolid contra el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Valladolid, de 14 de mayo de 2013, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del procedimiento ordinario seguido ante dicho Juzgado con el número 23/2013. Se hace expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta segunda instancia.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe interponer recurso.

Devuélvase los autos originales al órgano judicial de procedencia, acompañándose testimonio de esta sentencia.

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

VOTO PARTICULAR

Voto particular que, al amparo del art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula la Ilma Sra. Magistrada Doña Ana Martínez Olalla al Auto de 10 de diciembre de 2013, recaído en el rollo de apelación nº 480/13.

Lamento respetuosamente discrepar de la decisión mayoritaria y entiendo que debió estimarse el recurso de apelación y adoptarse la medida cautelar solicitada por las razones que a continuación expongo.

La justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario (apartado 5 de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional 29/98).

Es cierto, como se señala en el Auto mayoritario, que el elemento determinante para la adopción de la medida cautelar es que la ejecución del acto administrativo impugnado cause un perjuicio que no pueda ser reparado si al final se dicta una sentencia estimatoria que anule dicho acto recurrido, pues esa irreparabilidad es la que impediría que el proceso no consiguiera su finalidad legítima.

Pues bien, a mi juicio, estamos en presencia de un supuesto paradigmático en el que la efectividad del acto administrativo supone claramente que el recurso carecería ya de su finalidad pues se habría producido una situación que haría ineficaz al proceso, dada la irreversible ocupación de la Plaza del Poniente, zona central del Parque, por el Mercado del Val durante al menos dos años, que es el periodo autorizado. Es público y notorio, por la duración del propio proceso y la pendencia existente en los Juzgado de lo Contencioso-administrativo y en esta Sala, que racionalmente no cabe esperar que pueda dictarse sentencia firme en el recurso de que se trata antes de dos años, de manera que cuando recayese la sentencia habría perdido su efectividad a los efectos de los intereses públicos que se pretenden defender mediante la petición de la medida cautelar -cumplimiento de la legalidad urbanística y protección de la plaza arbolada-, convirtiendo la tutela judicial solicitada en meramente ilusoria, como señala la parte recurrente. Con otras palabras, resultaría indiferente que el recurso se estimara o se desestimara en la medida en que ya se habría consumado

la ocupación de la Plaza del Poniente que se considera ilegal durante el tiempo autorizado por los actos recurridos y puede, incluso, que ya habría cesado dicha ocupación al tiempo de dictarse aquella por haber retornado el Mercado de nuevo a la Plaza del Val. En definitiva, de lo que se trata es si la ocupación de la plaza arbolada por un mercado municipal es ilegal por vulnerar el planeamiento urbanístico, deteriorando su carácter de espacio libre público, en concreto de plaza jardín, de forma que los ciudadanos no pueden disfrutar de ese espacio recreativo y arbolado en los términos garantizados legalmente. Por ello el perjuicio que se pretende evitar con la medida cautelar no se limita al posible impacto que la ocupación de la plaza por el mercado municipal va a producir en la masa arbórea y si éste es reversible o no. Y por ello también no es relevante a mi juicio que sea una instalación provisional absolutamente desmontable, pues mientras no se desmonte ocupa el Parque del mismo modo que una instalación definitiva e impide de igual manera el uso del espacio libre ajardinado en la forma en que venía realizándose.

Concurre, por lo expuesto, el primer presupuesto para la adopción de la medida cautelar.

Ahora bien, establece el artículo 130.2 de la Ley Jurisdiccional que se puede denegar la medida cautelar, no obstante la concurrencia del requisito antes examinado a que se refiere su número 1, cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

En esa ponderación los intereses generales y públicos de la actuación administrativa de que se trata han de mostrarse, al menos indiciariamente, como merecedores de tutela lo que comporta un examen somero del acto impugnado y, por tanto, de la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris" de la pretensión de la parte recurrente.

En el presente caso, por un lado, la parte recurrente defiende intereses generales: la legalidad urbanística y, en concreto, la protección de la plaza arbolada y con ello el derecho de los ciudadanos a utilizar ese espacio libre con zona verde y de

recreo en los términos garantizados normativamente. Por otro, el Ayuntamiento sostiene que está obligado a reubicar conjuntamente y en un mismo espacio provisional a los industriales del Mercado del Val que han decidido vincularse a su proyecto de rehabilitación en condiciones adecuadas hasta que sea posible su retorno al Mercado, que es un equipamiento público y constituye un servicio básico de obligatoria prestación por él. Por último, los industriales afectados tienen interés en la ubicación provisional del mercado proporcionada por el Ayuntamiento.

Para resolver este conflicto de intereses basta tener en cuenta el especial régimen jurídico que tienen los espacios libres públicos y las zonas verdes, que se traduce en una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, impidiendo que sean borradas del dibujo urbanístico de la ciudad sin la concurrencia de poderosas razones de interés público, por razón de la importancia que para la vida en la ciudad y el bienestar de los vecinos tienen, como ha puesto de relieve la doctrina jurisprudencial elaborada en relación con los mismos.

Son ejemplo de este especial régimen: que son nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística (art. 10.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo); que la aprobación de las modificaciones que afecten a espacios libres públicos requiere la sustitución de los que se elimine por otros de superficie y funcionalidad similar (art. 58.3.c de la Ley 5/1999, de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León); la imprescriptibilidad de la acción administrativa para restaurar la legalidad sobre terrenos de dominio público y espacios libres públicos (art. 121.2 de la misma Ley 5/1999).

En cuanto a la doctrina jurisprudencial, caben destacar las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011, rec. casación 4045/2009, y la de 10 de julio de 2012, rec. casación 2483/2012, en las que se pone de relieve la necesidad de intensificar la exigencia de motivación cuando se trate de decisiones discrecionales que afecten a zonas verdes, lo que es extensible a los espacios libre públicos por la equiparación que

hace en protección el Legislador, de forma que cuando se hace desaparecer en todo o en parte han de expresarse las razones por las que no puede construirse la edificación en otro terreno para cumplir su finalidad, aunque se trate también de una dotación urbanística pública.

El que dichas sentencias se refieran a decisiones del planificador en un instrumento de planeamiento no impiden la aplicación de la idea básica que se contiene en ellas: la necesidad de exigir una especial motivación en aquellas decisiones discrecionales que afecten a los espacios libres públicos y zonas verdes, por la especial protección que les confiere el Legislador, su vulnerabilidad y la importancia que tiene para el bienestar de los ciudadanos.

Esa especial motivación comporta en el presente caso que se justifique que no hay ningún otro lugar idóneo para efectuar el emplazamiento de los industriales del mercado que no sea el espacio libre público de que se trata, lo que en principio no consta en los actos recurridos, lo que se dice a los meros efectos de resolver la medida cautelar. Tampoco el carácter provisional que tiene la instalación justifica la no aplicación de la doctrina expuesta.

A la preponderancia que de acuerdo con la normativa y la jurisprudencia debe otorgarse a la protección de los espacios libres públicos y zonas verdes, se añade, en este caso, la apariencia de buen derecho de la pretensión de la parte recurrente, lo que se dice a los meros efectos de resolver la pieza cautelar, teniendo en cuenta que con arreglo al art. 20.7 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León los mercados municipales son establecimientos comerciales colectivos; que el art. 386 del PGOU de Valladolid el único uso comercial que admite en los "Espacios Libres" es el de quiosco en régimen de concesión; y que la Zona de "Espacios Libres", con arreglo al art. 448 del PGOU de Valladolid carece de edificabilidad propiamente dicha, aunque se reconoce para usos auxiliares permitidos y compatibles una edificabilidad de 0,05 m²/m², y parece claro que un mercado municipal no es un uso auxiliar de la plaza jardín, ni permitido ni compatible.

Ha de tenerse en cuenta que, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013, recurso cas.:



4145/2012, aunque corresponde a la sentencia, y no a los autos resolutorios de medidas cautelares, acoger o rechazar definitivamente las alegaciones de fondo en las que se base la impugnación del acto recurrido, es lo cierto que ni éstas ni las circunstancias de hecho sobre las que descansan son del todo "ajenas" al incidente cautelar.

Por otro lado, ninguna vulneración del derecho de defensa se produce porque en el incidente cautelar formulan alegaciones todas las partes y todas ellas pueden aportar las pruebas indiciarias que estimen oportunas, resolviéndose con arreglo a lo alegado y probado hasta ese momento con carácter provisional.

Por lo expuesto, entiendo que debió adoptarse la medida cautelar, sin imposición de costas, dado que el art. 139 de la LJCA contempla tal posibilidad cuando el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho, circunstancia que normalmente ocurre en la fase cautelar; razón por la cual no se estima procedente la imposición de costas en el auto resolutorio de la pieza de suspensión cuando, como sucede en este caso, se ha alegado y aportado prueba suficiente para, al menos, apreciar la existencia de esas dudas.

En Valladolid a 10 de diciembre de 2013

Fdo: Ana Martínez Olalla

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que en ella se expresa en el mismo día de su fecha, estando celebrando sesión pública la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, de lo que yo, la Secretaria de Sala, doy fe.