



Roj: **STSJ AND 385/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:385**

Id Cendoj: **18087330032023100029**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **3**

Fecha: **16/02/2023**

Nº de Recurso: **1585/2022**

Nº de Resolución: **387/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **HUMBERTO HERRERA FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SEDE GRANADA

SECCIÓN TERCERA

ROLLO NÚM. 1585/22

SENTENCIA NÚM. 387 DE 2023

Ilmo. Sr. Presidente

Don Antonio Cecilio Videras Noguera

Ilma. /o. Sra. /Sr. Magistrada/o

Doña María del Mar Jiménez Morera

Don Humberto Herrera Fiestas

En la ciudad de Granada, a dieciséis de febrero de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación nº 1585/22** contra el auto dictado el 29 de julio de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Granada en la pieza separada de Medidas Cautelares 343.1/22, siendo apelante la **Asociación Plataforma de Vecinos del Realejo**, representada por la procuradora Sra. Tejedor Bachiller y defendida por el letrado Sr. Benítez Ostos, y apelados el **Ayuntamiento de Granada**, asistido de la letrada Sra. Aranda Lozano, y Princeplan SLU, representada por el procurador Sr. Pareja Gila y defendida por el letrado Sr. Hernández Mesa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso Administrativo referido dictó auto en el mencionado procedimiento levantando la medida que, sin audiencia de la administración demandada, se había acordado en el mismo procedimiento por auto de 13 de julio de 2022, consistente en la suspensión del decreto dictado por el Concejal Delegado de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Granada el 29 de abril de 2022 que declaró ajustada a Derecho la declaración responsable presentada el 3 de abril de 2017 por Princeplan SLU para la ampliación de una actividad de establecimiento de esparcimiento sito en C/ Campo del Príncipe nº 8 a un aforo de 1.006 personas y un aumento del nivel de emisión sonora a 110 dBA, sin perjuicio de lo que pueda resultar de las inspecciones que se lleven a cabo.

SEGUNDO.- Contra dicho auto la Asociación Plataforma de Vecinos del Realejo ha interpuesto recurso de apelación. Tras ser admitido en un solo efecto por el Juzgado, se remitieron las actuaciones a esta Sala y una vez recibidas se formó el oportuno rollo, se registró y se designó ponente.



TERCERO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora fijado en autos, habiéndose observado las prescripciones legales, siendo ponente al Ilmo. Sr. D. Humberto Herrera Fiestas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación Plataforma de Vecinos del Realejo ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Granada que considera ajustada a derecho la declaración responsable presentada por D. Juan Antonio en representación de Princeplan S. L. U. para la ampliación de la actividad establecimiento de esparcimiento sito en C/ Campo del Príncipe número 8 a un aforo de 1006 personas y un aumento del nivel de emisión sonora 110 dBA. Solicitaba en su escrito inicial que se acordase, sin audiencia de la parte contraria, la suspensión de dicha resolución al entender, que de no hacerlo, el recurso contencioso administrativo perdería su finalidad legítima, la cual es evitar el establecimiento de una macrodiscoteca en el casco histórico de Granada, donde rige el Pepri Centro a nivel urbanístico, causando perjuicios de imposible reparación a los derechos fundamentales de la asociación recurrente, citando el derecho al descanso y salud de los vecinos, y graves perjuicios a los intereses públicos. Entiende que la declaración responsable supone una modificación sustancial, sin amparo de la calificación ambiental, de la licencia de apertura con que cuenta el establecimiento desde el año 1998. Expone que los vecinos del casco histórico vienen sufriendo desde hace muchos años daños en su salud como consecuencia del funcionamiento de la discoteca "Príncipe" con un aforo de 251 personas, por lo que si dicho aforo es ampliado a 1006 personas y el nivel sonoro incrementado, los daños a la salud se verán agravados y serán irreversibles.

La medida fue acordada sin audiencia de la parte contraria, y levantada por el auto recurrido una vez oídas las alegaciones del Ayuntamiento de Granada y de Princeplan S.L. U, basándose en que la declaración responsable viene precedida de la calificación ambiental favorable y resoluciones judiciales que la declararon ajustada a derecho, hasta el punto de que la actividad lleva funcionando más de cinco años con el aforo referido de 1006 personas, citando en este sentido la sentencia de esta Sala de 14 de septiembre de 2020. Considera el auto recurrido que no se han acreditado perjuicios de imposible reparación derivados del acto administrativo recurrido que puedan hacer perder la finalidad legítima del recurso, no bastando en este sentido una mera invocación genérica, y que tampoco se ha acreditado en qué medida se ha modificado la situación preexistente al decreto impugnado, indicando que la limitación del aforo de 1006 a 251 personas ocasiona un perjuicio económico a la codemandada ya que la discoteca viene funcionando con esa actividad y con ese aforo desde el año 2017.

En el recurso de apelación se expone que la Magistrada de instancia lleva a cabo una interpretación errónea de los requisitos necesarios para adoptar la medida cautelar y yerra en la ponderación de los intereses en conflicto. Así, reiterando sus alegaciones anteriores, expone que la actividad no se encuentra funcionando desde 2017 con el aforo de 1006 personas, pues el mismo se encuentra pendiente de realizar mediciones para poder aplicar dicho aforo, exponiendo que existe una orden de suspensión del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Granada en el procedimiento de derechos fundamentales 1304/2019 por el cual se insta al ayuntamiento a una serie de mediciones que a día de hoy no han sido realizadas, precisamente para dotar de efectividad la calificación ambiental otorgada y ampliación de aforo, por lo que la discoteca, lejos de lo manifestado, no viene funcionando con dicho aforo desde el año 2017, o, al menos, legalmente no debería funcionar con el mismo. Añade que ha impugnado el acto administrativo por el que el ayuntamiento da por cumplida con una simple medición sin actividad real de discoteca la orden de suspensión citada, tramitándose el procedimiento ordinario 95/2022 en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Granada. De este modo, expone que sin el cumplimiento efectivo de la sentencia recaída en el procedimiento de derechos fundamentales no es posible funcionar con el aforo de 1006 personas. La discoteca, añade, se encuentra en el Conjunto Histórico de Granada, declarado BIC, y la actividad está expresamente prohibida por el Plan Centro cuando es de nueva implantación, y esto es lo que a su entender sucede, ya que se implanta una nueva actividad, pues se ha pasado de una licencia de 161 personas a 1006, lo que supone una modificación sustantiva de la instalación existente que debería calificarse como nueva instalación, según la sentencia 3580/2021 de 21 de octubre dictada por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia Andalucía. Por eso, entiende que la Magistrada de instancia yerra en la valoración de los intereses en conflicto y en su ponderación, debiendo prevalecer los de los vecinos del barrio.

El Ayuntamiento de Granada se muestra contrario a la revocación del auto impugnado, apoyándose en el informe municipal de 22 de julio de 2022 que considera que la actividad cumple con la normativa medioambiental vigente, por lo que la actuación de la administración tiene apariencia de buen derecho. Igualmente rechaza la concurrencia del *periculum in mora*, pues el decreto municipal de 17 de febrero de 2016 obtuvo calificación ambiental favorable y la declaración responsable es de 3 de abril de 2017 para un aforo



de 1006 personas y 110 dB, por lo que se trata de una situación consolidada desde hace más de cinco años que lleva en funcionamiento, remitiéndose en cuanto al aforo a la sentencia dictada por esta Sala el 5 de julio de 2018.

La codemandada igualmente se opone al recurso de apelación considerando plenamente ajustado a derecho del auto recurrido, alegando que, realmente, los únicos argumentos que se hace en el recurso de apelación suponen la introducción de cuestiones nuevas al referirse a otros procedimientos administrativos y judiciales, y a un debate anticipado sobre el fondo de la cuestión.

SEGUNDO.- Es sabido que la suspensión de la ejecución de los actos administrativos constituye en nuestro Derecho una medida de excepción al principio general de autotutela de la Administración, por lo que sólo debe concederse cuando la ejecución hubiere de producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil (artículo 130 de la LJCA).

La eficacia de la actuación administrativa, constitucionalmente reconocida en el artículo 103.1 de la CE, impone que los actos de las Administraciones Públicas nazcan con vocación de inmediato cumplimiento, esto es, que sean inmediatamente ejecutivos (artículo 98 de la Ley 39/15). Los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dicten (art. 39 de la Ley 39/15), por lo que su impugnación, primero en vía administrativa y luego en sede jurisdiccional, no produce la suspensión automática de su ejecución.

El Auto del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 dictado en su recurso 32/2018, aunque referida a materia diferente a la refiere esta pieza, dedica parte de su fundamento de derecho 2º al régimen general de las medidas cautelares diciendo lo que sigue:

"Dejando al margen las citadas especialidades, el sistema general se caracterizaría por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes). Las medidas cautelares pueden adoptarse respecto de toda la actuación administrativa, incluyendo, por tanto, los actos administrativos y las disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados (artículos 129.2), con algunas especialidades procesales previstas en el mismo artículo 129.2 in fine y en el artículo 134.2 de la misma LRJCA .

2ª. Se fundamenta el sistema cautelar en un presupuesto claro y evidente: la existencia del 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 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. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría 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.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial --y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia-- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1 º 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.

7ª. Con esta regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un 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".



8ª. 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 número 2 para las disposiciones generales), y su duración se extiende "hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. En correspondencia con la amplitud de ámbito de las medidas cautelares, la LRJCA lleva a cabo, igualmente, una ampliación de las contracautelas compensatorias de las anteriores, 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).

10ª. Por último, y de conformidad con lo previsto en el Disposición Final de la LRJCA, en todo lo no previsto en la misma rigen los artículos 721 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .".

TERCERO.- La apelante expone en su recurso que la Magistrada de instancia cambia de parecer en cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto.

Al respecto debemos decir que el auto apelado levanta las medidas que sin audiencia de la parte contraria fueron solicitadas por la recurrente. El artículo 135 de la Ley 29/98 prevé la posibilidad de adoptarlas sin audiencia de la contraparte cuando concurren circunstancias de especial urgencia. El presupuesto de hecho de las medidas adoptadas sin audiencia de la contraparte, denominadas por eso cautelarísimas, es la especial urgencia. La Ley consiente que, en los supuestos en que concorra, de manera provisional se sacrifique el principio de contradicción, solo cuando las circunstancias de hecho no permitan, dada su naturaleza, esperar ni siquiera a la sustanciación de aquel incidente procesal, principio que puede restaurarse a los tres días ante la disposición de tener que oír a la contraparte.

Por ello, el hecho de que se aprecien las circunstancias de especial urgencia en el auto que acuerda la medida cautelar sin audiencia de la parte contraria, no impide que tras ella se puedan dejar sin efecto al entender que no concurren los requisitos para su adopción. De este modo, es en la segunda resolución en la que se debe llevar a cabo el examen de los presupuestos de toda medida cautelar, a saber, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, la eventual frustración del objeto del procedimiento principal por el tiempo que se requiere para su resolución o *periculum in mora*; y, en fin, la ponderación de los intereses en juego, tanto públicos como privados. Todo ello sin olvidar que el examen de la cuestión planteada es meramente provisional y a los meros efectos cautelares, con independencia de lo que tras la tramitación del procedimiento principal completo, en un examen y un enjuiciamiento pleno con todos los motivos de impugnación y todas las pruebas que las partes estimen convenientes, se pueda decidir.

CUARTO.- A la vista de los datos aportados por la parte apelante, reiterativos de los utilizados para sustentar su pretensión cautelar, no parece que el levantamiento de la medida cautelar adoptada con carácter cautelarísimo prive de efectividad a una eventual sentencia estimatoria que en su día pueda recaer, ni, por tanto, haga perder su finalidad legítima al recurso, pues, por una parte, en la situación actual no se acreditan perjuicios de imposible reparación, y por otra, el transcurso del tiempo no impedirá la ejecución del fallo. Por último, "*prima facie*" no se revela la apariencia de buen derecho en su doble vertiente de aparente consistencia de la pretensión actora, y de aparente, a su vez, falta de fundamento de la actuación administrativa que se quiere suspender. En este sentido, el levantamiento la medida cautelar se fundamenta en que la resolución objeto de recurso contencioso administrativo ha ido precedida de la calificación ambiental favorable y de resoluciones judiciales que la declararon ajustada a derecho, funcionando la actividad desde hace más de cinco años con el aforo de 1006 personas. Así pues, la ampliación de aforo y el incremento del nivel de emisión sonora no tiene por causa la resolución recurrida sino una resolución confirmada judicialmente, concretamente la resolución de 22 de septiembre de 2016 dictada por el Concejal Delegado de **Urbanismo**, Salud y Consumo del Ayuntamiento de Granada desestimatoria del recurso de reposición formulado contra el Decreto de 17 de febrero de 2016, por el que se concede calificación ambiental favorable para aumento de aforo y de nivel de emisión sonora de la actividad de sala de fiestas sita en la Plaza Campo del Príncipe 8, que indica que para la puesta en funcionamiento de la actividad deberá presentarse declaración responsable de conformidad con el artículo 42 y concordantes de la ordenanza municipal reguladora de licencias y actividades, la que se adjuntará además de los documentos exigidos con carácter general, certificado técnico en el que se verifique las condiciones ambientales de la actividad conforme a la documentación técnica ambiental presentada y normativa de aplicación, y la valoración práctica de los resultados conseguidos conforme al decreto 6/2012, de 17 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía y la Ordenanza Municipal de protección del medio ambiente acústico en Granada en lo que sea de aplicación, reflejando el cumplimiento de los valores de emisión al exterior y transmisión a locales colindantes, los aislamientos a ruido aéreo respecto al recinto protegido colindante o adyacentes y, respecto al exterior a



través de cerramientos exteriores y el aislamiento a ruidos de impacto respecto a piezas habitables receptoras, y en este sentido hemos de remitirnos a la sentencia dictada por esta Sala y Sección el 14 de septiembre de 2020 en el recurso de apelación 650/2020 la cual desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la hoy apelante contra dicha resolución, que, por lo tanto, es firme. Quedando pues condicionada la puesta en funcionamiento de la actividad a dicha declaración responsable, y presentándose esta.

Debemos recordar que no nos encontramos ante un problema urbanístico sino medioambiental, por lo que la limitación del aforo a 1006 personas que se contiene en el decreto de 17 de febrero de 2016 por el que se concede la calificación ambiental favorable lo es a los meros efectos medioambientales, no urbanísticos, tal y como señaló la sentencia dictada por la Sección 4ª de esta Sala con fecha 5 de julio de 2018 en el recurso 235/2018, que, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto que desestimó la medida cautelar de suspensión solicitada por la hoy apelante contra la resolución que desestima el recurso de reposición interpuesto contra el decreto de 17 de febrero de 2016, declara que la resolución de calificación ambiental favorable *"solo pretende la calificación favorable del aforo medioambiental, pero no es su objeto determinar el aforo desde el punto de vista de la legalidad urbanística ni lo pretende"*. En este sentido el decreto de 17 de febrero de 2016 decía *"Se hace constar expresamente que la presente calificación se realiza a efectos exclusivamente ambientales, en los términos del artículo 2 del Reglamento de Calificación Ambiental, aprobado por Decreto 295/1997, de 19 de diciembre. En consecuencia, la viabilidad ambiental de la ampliación de aforo contemplada no supone su viabilidad urbanística, que a estos efectos está limitada a 251 personas, lo que habrá de ser tomado en consideración en la declaración responsable que se presente para la puesta en funcionamiento de la actividad. Igualmente, la calificación ambiental no implica el cumplimiento del resto de normativa sectorial de aplicación"*.

Y en la sentencia de 14 de septiembre de 2020 dictada en el recurso 650/2020 señala que *"la "viabilidad ambiental de la ampliación del aforo contemplada no supone su viabilidad urbanística, que a estos efectos está limitada a 251 personas", cuestión que podrá discutir nuevamente la empresa en el expediente de licencia."*

Así pues, la determinación efectiva del aforo del establecimiento ha de hacerse en el procedimiento de licencia de apertura.

QUINTO.- Se imponen las costas a la recurrente, sin que el importe de los honorarios de cada uno de los letrados intervinientes puedan exceder de 600 € (artículo 139 LJCA)

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Asociación Plataforma de Vecinos del Realejo contra el auto dictado el 29 de julio de 2022 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Granada en la pieza separada de Medidas Cautelares 343. 1/22, que se confirma por ser ajustado a derecho.

Se imponen las costas a la apelantes sin que el importe de cada uno de los letrados intervinientes puedan exceder de 600 €.

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 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.: 1749000024158522, 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."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ