

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD  
PALMA DE MALLORCA**

AUTO: 00047/2018

APELACIÓN

Rollo Sala

Nº 478/2017

Autos Juzgado

Nº PMC 3/2017

**AUTO**

Nº 47

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 28 de febrero de 2017.

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster.

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears la presente pieza de medidas cautelares seguida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Palma de Mallorca, con el número de autos del Juzgado y número de rollo de esta Sala arriba designados; actuando como parte demandante apelante la entidad "**BCM DISCO EMPIRE, S.A.**" representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Alemany Morey; y como Administración demandada apelada el **AYUNTAMIENTO DE CALVIA** representado y asistida el Abogado D. Fernando Pozuelo Mayordomo; siendo parte codemandada apelada la entidad **BOBBY INVERSIONES,S.L.** representada por el Procurador D. Juan Miguel Perelló Oliver.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster.

## HECHOS

**PRIMERO.** El auto N° 161 de fecha 7 de junio de 2017 dictado por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma, en la pieza de medidas cautelares seguida en los autos arriba referenciados y de los que trae causa el presente rollo de apelación, decía literalmente en su fallo:

*“Desestimo la sol-licitud de mesura cautelar presentada per la procuradora Concepción Alemany Morey, en representació de BCM DISCO EMPIRE, S.A.*

*Imposo les costes a la recurrent.”*

**SEGUNDO.** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación en plazo y forma por la parte demandante y admitido en ambos efectos, sin que ninguna de las partes propusiese la práctica de prueba, siendo seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente, señalándose para la votación y fallo, el día 27 de febrero de 2018.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** La representación procesal de la entidad BCM DISCO EMPIRE, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra el Decreto de Alcaldía de Calvià, de fecha 3 de abril de 2017, por medio del cual se acuerda la revocación de la licencia de primera ocupación (exte. 05/2015-LIC) y el cese de sus efectos, así como el cese de los inherentes a la licencia expte. 465/2015 MA. Como consecuencia de ello el Decreto acordaba “la total clausura de la actividad del establecimiento Sala de Fiestas BCM a contar desde el mismo instante de la notificación del presente acto”.

Solicitada medida cautelar de suspensión del acuerdo de inmediata clausura de la actividad –que habría de suponer la reapertura del establecimiento–, la misma fue desestimada por medio del auto aquí apelado.

Se fundamenta la denegación de la medida cautelar en que:

*“Els perjudicis que es posen en perill per la mora processal són de caire econòmic; per contra, el perills que exposa l'Administració demandada pel cas de que no s'executi la resolució impugnada no poden ser ignorats, ja que entra en joc la vida o salut de les persones que puguin anar a la discoteca de referència. Per tant, en una ponderació dels interesessos, cal primer l'al·legat per l'Administració, atès que el perjudici econòmic, per la seva pròpia naturalesa, és fàcilment reparable”.*

La representación de la apelante BCM DISCO EMPIRE, S.A. impugna el auto e interesa que se acuerde la medida cautelar argumentando (en síntesis):

1º) Que el juicio de ponderación entre los intereses económicos de la recurrente y los intereses públicos por el riesgo para la vida y o salud de las personas, parte de la falsa premisa de que el funcionamiento de la actividad causa un riesgo por supuesta vulneración de las normas de seguridad de los establecimientos, cuando los informes municipales ponen de manifiesto que no hay tal riesgo.

2º) Que lo alegado por el Ayuntamiento en la oposición a las medidas cautelares es contradictorio con el contenido de la resolución cuya suspensión se interesa, pues en el mismo nada se argumentó con respecto a la supuesta falta de seguridad.

3º) No es cierto que los intereses para la suspensión y consiguiente reapertura de la actividad sean meramente económicos. Junto al interés económico de la recurrente están los causados a los empleados, así como los de los usuarios y turistas en general.

4º) El Auto recurrido no da respuesta a lo que se planteó en nuestra solicitud de suspensión e incurre, por ello, en el vicio de la incongruencia omisiva. La suspensión se solicitaba por existir unos perjuicios (que no son analizados por el Auto), por un análisis del interés público afectado (y sólo se refiere el Auto a la seguridad de las personas que no es la razón de ser del Decreto recurrido) y por unas evidentes causas de nulidad por falta de audiencia y apartarse totalmente del procedimiento establecido, de las que tampoco nada se dice en el Auto recurrido que se limita, como se ha dicho, a llevar a cabo una ponderación sobre una base errónea que, además, no fue planteada en el Decreto recurrido como causa del cierre

**SEGUNDO.** En primer lugar y en cuanto a la ponderación de los intereses en juego, entendemos que el auto apelado entra con acierto a valorar los intereses en el mantenimiento de

la medida administrativa de clausura de la actividad en la medida en que valora que uno de tales intereses lo sea el de la seguridad de las personas (clientes) de la actividad que, según la resolución recurrida, no cumple con la normativa urbanística y de actividades y que por ello se le revoca la autorización.

Pese a que el Decreto impugnado no analice con extensión los riesgos que para la seguridad de las personas se deriva de las deficiencias que llevan a la revocación de la licencia, debe partirse de la premisa que el motivo principal de la clausura es algo tan simple como que dicha actividad ha quedado sin autorización administrativa por efecto de la revocación de la licencia.

Es decir, revocada la licencia, la clausura de la actividad que ahora queda sin licencia, es la consecuencia lógica e inmediata para cualquier actividad no autorizada. Por esta razón el Decreto no precisaba de una extensa motivación sobre la conveniencia de la clausura por razones de seguridad, pues la razón es que no se puede permitir la continuidad de una actividad cuya autorización se ha revocado, se cumpliesen o no las medidas de seguridad.

La motivación de la concurrencia de razones de seguridad está en el decreto para otro fin: justificar la urgencia que permite prescindir del trámite de audiencia.

Es en fase de medidas cautelares judiciales, cuando se pide una medida cautelar positiva, esto es, la reapertura de la actividad, cuando entre en juego una ponderación distinta. Y aquí sí que puede valorarse si para asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria es o no conveniente la reapertura de la actividad. Y en este juego de intereses a sopesar, entran los relativos a la seguridad de las personas que no eran los únicos –o determinantes– en la decisión administrativa.

Por ello rechazamos la crítica que la apelante hace a la conducta procesal del Ayuntamiento que en la oposición a las medidas cautelares habría alegado una supuesta falta de seguridad que supuestamente sería contradictoria con el contenido de la resolución cuya suspensión se interesa.

Admitido que en esta fase judicial de medidas cautelares puede valorarse la seguridad de la actividad aunque no fuese el motivo del cierre en el Decreto, en este punto debemos admitir que a pesar de que las deficiencias que condujeron a la revocación lo son principalmente por cuestiones ajenas a la seguridad (singularmente la ubicación de unas torres de refrigeración), no

es menos cierto que el informe técnico del arquitecto municipal de 9 de marzo de 2017 hace referencia a unas construcciones que no figuraban en el proyecto autorizado “*en especial una de ellas adosada a la medianera derecha y la otra adosada a la discoteca, así como que el palmeral y jardinera de su base impiden el paso a la salida de emergencia situada más al noroeste aunque se le haya dado salida hacia la propiedad vecina*”.

Pues bien, ya vemos que algunas de las obras o instalaciones no autorizadas, sí afectan a la salida de emergencia y por tanto a la seguridad de los clientes, con lo que la argumentación del auto apelado es acertada en este punto.

**TERCERO.** Afirma la recurrente que no es cierto que los intereses para la suspensión y consiguiente reapertura de la actividad sean meramente económicos. Junto al interés económico de la recurrente están los causados a los empleados, así como los de los usuarios y turistas en general. Se denuncia además que el Auto recurrido no da respuesta a lo que se planteó en la solicitud de suspensión e incurre, por ello, en el vicio de la incongruencia omisiva.

Aceptamos que el auto apelado debería haberse extendido más en la ponderación de los intereses en juego pero aunque con escasas palabras, centra perfectamente la cuestión.

Las medidas cautelares lo que tratan es de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria (art. 129 LRJCA) y si llegase ésta, la parte recurrente que obtuviese sentencia declarando nula la revocación de licencia y nula la medida de clausura inmediata de la actividad, podría conseguir la inmediata reapertura y la indemnización de daños y perjuicios derivados del improcedente cierre, con lo que la sentencia estimatoria ganaría efectividad.

Los intereses de la mercantil recurrente, como es lógico, natural –y nada reprochable– son los de obtener beneficios económicos de su actividad y, por lo expresado, los daños causados podrían ser reparados.

Los eventuales perjuicios a terceros (trabajadores de la recurrente, potenciales clientes), sin negar que puedan existir (sobre todo los primeros) no son determinantes para adoptar la medida cautelar pues no pueden obligar a que se proceda a permitir la continuidad de una actividad que, por efecto de la revocación de la licencia, queda sin autorización administrativa. Los intereses generales quedarían gravemente perturbados (art. 130,2º LRJCA) si se permitiese el funcionamiento de actividades carentes de licencia.

**CUARTO.** La parte apelante critica que el auto no analice la “evidentes causas de nulidad por falta de audiencia y apartarse totalmente del procedimiento establecido”.

No obstante, la “apariencia de buen derecho” como motivo de adopción de medida cautelar, la Jurisprudencia sólo admite su utilización en determinados supuestos, de nulidad de pleno derecho, si es manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto; o de existencia de un criterio jurisprudencial reiterado frente al que la Administración opone una cierta resistencia.

La nulidad debería ser manifiesta, esto es ostensible, indiscutible, y fácilmente apreciable a simple vista, pero no cuando ha de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, puesto que lo contrario supondría prejuzgar la cuestión de fondo -por primera vez- sin atenderse al derecho al proceso y a las garantías de contradicción y prueba que corresponde a todas las partes intervinientes en el proceso, al no ser el incidente de suspensión, según se viene explicando, cauce idóneo para resolver sobre la cuestión de fondo del debate que, necesariamente, ha de abordarse y resolverse en sentencia.

Pese a que la parte apelante pueda ahora invocar un reciente dictamen de Consejo Consultivo de les Illes Balears en el que se informa desfavorablemente la petición de revisión de oficio, su misma extensión y complejidad ya pone de manifiesto que la resolución no puede anticiparse en esta fase cautelar.

**QUINTO** En aplicación del art. 139.2º de la Ley Jurisdiccional/98, procede imponer las costas a la parte apelante si se desestima totalmente el recurso –lo que es el caso-, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición. En la medida en que no se aprecian circunstancias excepcionales que hagan modificar el criterio del vencimiento objetivo establecido en la norma, debe imponerse las costas a la parte apelante respecto a las causadas a la Administración demandada.

No obstante, de conformidad con el art. 139,5º de la LRJCA, la imposición de costas lo será con el límite de la suma 300 € por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

1º) DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "BCM DISCO EMPIRE, S.A." contra el auto N°161 de fecha 7 de junio de 2017 dictado por la Ilma Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma, en la pieza de medidas cautelares seguida en los autos arriba referenciados de Palma, , el cual se confirma en su integridad.

2º) Se imponen las costas de esta apelación a la parte apelante respecto a las causadas a la Administración demandada, con el límite de la suma 300 € por todos los conceptos.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.