

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

Rollo de apelación número 221/2020 (A)

Dimanante del procedimiento ordinario nº 201/19 del JCA 5 Barcelona

Parte apelante: Ayuntamiento de Mataró

Parte apelada: ██████████

SENTENCIA Nº 4.129

Ilmos. Sres. Magistrados

██████████ (preside)

██████████

██████████

ANG

En la ciudad de Barcelona, a veintidós de octubre de dos mil veintiuno.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey de España, el recurso de apelación seguido ante la misma con el número de referencia, promovido, en su calidad de parte apelante, a instancia del Ayuntamiento de Mataró, representado por el procurador de los tribunales Sr. [REDACTED], contra el [REDACTED], representado, en su calidad de parte apelada, por el procurador de los tribunales Sr. [REDACTED] versando el recurso sobre materia de urbanismo, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de los de Barcelona, en los autos de su referencia arriba indicada, se dictó auto de 5 de marzo de 2.020, suspendiendo la ejecutividad del acto administrativo municipal objeto del recurso, consistente en una resolución de la Sra. Concejala Delegada de Urbanismo, Desarrollo Económico y Cultura del Ayuntamiento de Mataró que incoó procedimiento de protección de la legalidad ambiental de la actividad de pistas de pádel sitas en la calle Tennis, 1, por incumplirse los requisitos y condiciones establecidas en su parte dispositiva, concediendo audiencia a la apelada y requiriéndola para el cese de la actividad en esas pistas mientras no se adoptasen las medidas necesarias para reducir las molestias que genera y acreditando ante el ayuntamiento su adecuación a la normativa de ruidos vigente (55dB en pleno funcionamiento de la actividad).

El auto de instancia autoriza el uso de una segunda pista de pádel entre las 10 y las 20 horas los días laborables y entre las 10 y las 14 y entre las 17 y las 21,30 los festivos, al entender que en tales horas se producen menos molestias a la finca vecina.

SEGUNDO. Interpuesto contra tal resolución recurso de apelación, admitido y formulada oposición, fueron remitidas las actuaciones a esta sala, donde, comparecidas las partes, se señaló la votación y fallo para el día 15 de octubre de 2.021, tras seguirse en la tramitación las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante la sección.

Es ponente el Ilmo. Sr. [REDACTED], quien expresa el parecer unánime del tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Solicitada la suspensión de la resolución recurrida sobre la base de los artículos 129 y siguientes de la ley jurisdiccional, y siempre partiendo de que no se está ahora en el momento procesal de entrar a valorar en profundidad lo que constituye el fondo del asunto, ni tan siquiera a los efectos meramente cautelares de que se trata, pues en otro caso se estaría anticipando el fallo correspondiente al momento final del proceso, cabe recordar que, si bien la regla general de la ejecutividad del acto administrativo no excluye la posibilidad de su suspensión, es procedente en todo caso la ponderación de los intereses públicos y de tercero, atendido el perjuicio que para el interés general pudiera acarrear la adopción de la medida cautelar solicitada, y sin perder de vista en todo caso tanto la posible concurrencia de un peligro de daño jurídico para los intereses del recurrente por una posible demora del proceso ("periculum in mora"), como la eventual apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado, con la consiguiente probable ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus boni iuris").

La doctrina de la apariencia de buen derecho permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La ley jurisdiccional no hace expresa referencia a ese criterio, de establecimiento jurisprudencial, como reflejo del contenido del artículo 728 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil, donde sí que se recoge tal criterio, del que la jurisprudencia viene efectuando una aplicación más matizada, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida como necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del

pleito –AATS. 22-11-93 y 7-11-95 y STS. 14-1-97, entre otros- (STS. 15 de marzo de 2004).

SEGUNDO. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia, entendiéndose que al juzgar sobre la procedencia de la suspensión se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (STS. 15-3-05).

Correspondiendo al interesado en obtener la suspensión la carga de probar que las consecuencias de la ejecución, en el caso concreto de que se trate, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica (STS. 15-3-04).

TERCERO. Pues bien, la valoración con arreglo a los indicados criterios, excluye la adopción de la medida cautelar interesada en el caso concreto, más aún en la forma en que lo ha sido, modificatoria de los términos de la resolución administrativa impugnada al apreciarse, por el contrario, además de su apariencia de buen derecho y ajuste al ordenamiento jurídico, que su ejecución ni podría hacer perder al recurso interpuesto su finalidad legítima para el caso de ser estimado en su momento, ni puede producir al recurrente daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, tratándose de una resolución, cuya ilegalidad no consta de forma clara y manifiesta en esta fase procesal, suspendiendo el ejercicio de determinada actividad molesta para unos vecinos, resultando por ello preferible el mantenimiento de su plena ejecutividad, quedando en todo caso a salvo los derechos indemnizatorios correspondientes pues la posible irreparabilidad de los daños queda siempre matizada por el principio de responsabilidad de la administración.

Como se relata en el propio auto de instancia, dispone la apelada, entre otras instalaciones, de tres pistas de pádel, existiendo un decreto municipal que autoriza la utilización de la más alejada de la vivienda afectada por el ruido; la más próxima a ella no se utiliza, por lo que la cuestión se limita a la pista situada en medio, pues ante un previo requerimiento municipal cesó la actividad en la más próxima. La apelada aportó el 8 de marzo de 2.019 un informe privado diciendo que en las otras

dos se cumplía la normativa de ruido, pero en otra medición efectuada por el ayuntamiento el 29 de noviembre de 2.018 se detectó que no se respetaban, aunque el 20 de mayo de 2.019 se practicó otra que apreció que se respetaba, pero funcionando sólo la pista más alejada. Ante ello, dice el auto de instancia, sólo se dispone de medidas de dos de las tres pistas pero, teniendo en cuenta los perjuicios, condiciona la suspensión en la forma vista.

Criterio que esta sala no puede secundar pues, sin perjuicio de lo antes dicho respecto de los eventuales perjuicios, y sin que se esté ahora en el caso de entrar a valorar en profundidad lo que constituye el fondo del asunto, no parece adecuado en esta fase procesal suspender la ejecutividad de lo acordado por el ayuntamiento, al no aparecer *prima facie* acreditado el cese de las molestias por el uso de la pista de que se trata, que sin duda las producirá también en el horario fijado en el auto de instancia, comprensivo prácticamente de todo el día.

CUARTO. Atendidos los términos del artículo 139.2 de la ley jurisdiccional no procede condena en costas en esta alzada. Vistos los preceptos citados y demás de aplicación al caso,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación del Ayuntamiento de Mataró contra el auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 5 de los de Barcelona de 5 de marzo de 2.021, cuya parte dispositiva necesaria se ha relacionado, auto que **REVOCAMOS** y, en su lugar, **DENEGAMOS LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA EJECUTIVIDAD** de la resolución administrativa impugnada. Sin costas en esta alzada.

Firme que sea esta resolución, con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al juzgado de procedencia de las actuaciones y expediente recibidos.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella recurso de casación, preparándolo ante esta misma sala y sección, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en el plazo previsto en su artículo 89.1.

Adviértase de que en el Boletín Oficial del Estado nº 162, de 6 de julio de 2.016, aparece publicado el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.016 sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. magistrado ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.