



**SENTENCIA Nº 329/2019**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA**

**R. APELACIÓN Nº 387/2016**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:  
PRESIDENTE  
MAGISTRADOS  
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA  
D<sup>a</sup> CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ- VIREL  
D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA  
Sección funcional 3<sup>a</sup>

---

En la ciudad de Málaga a 31 de enero de 2019.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, el recurso de apelación nº 387/2016 en el que interviene como apelante [REDACTED] representado por la Procuradora D<sup>ña</sup> CONCEPCIÓN MARTÍNEZ ZAFRA y como apelado AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA representado por el Procurador D. JOSÉ MANUEL PÁEZ GÓMEZ.

Siendo Ponente la Ilma Sra D<sup>ña</sup> CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por sentencia de fecha 19 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Málaga se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Málaga Area de Gobierno de Medioambiente y Sostenibilidad, sección de calificaciones ambientales y control ruido 13 de agosto de 2013 y 19 de noviembre de 2012 por las que se desestimó el recurso de reposición frente a la previa decisión denegando concesión de calificación ambiental para el desarrollo de discoteca, en Pasaje Mitjana n.º 2 , local 1 y 2.

**SEGUNDO.-** Por la representación procesal de la parte apelante se interpuso recurso de apelación interesando se revoque la sentencia.

**TERCERO.-** Por la parte apelada se impugnó el recurso de apelación.





CUARTO.- Se señaló para votación y fallo el día 30 de enero de 2019.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Constituye objeto del presente recurso la sentencia de fecha 19 de junio de 2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Málaga que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las resoluciones dictadas por el Ayuntamiento de Málaga Area de Gobierno de Medioambiente y Sostenibilidad, sección de calificaciones ambientales y control ruido13 de agosto de 2013 y 19 de noviembre de 2012 por las que se desestimó el recurso de reposición frente a la previa decisión denegando concesión de calificación ambiental para el desarrollo de discoteca, en Pasaje Mitjana n.º 2 , local 1 y 2.

**SEGUNDO.**- Dice la sentencia recurrida que "*PRIMERO.- En las actuaciones que aquí se plantean, el recurrente [REDACTED] instó un complejo petitum respecto a dos actos administrativos consistentes la desestimación de su reposición interpuesta contra previa resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga en su Área de gobierno de Medio Ambiente y Sostenibilidad, Sección de Calificaciones Ambientales y Control de Ruido y donde no se reclamó de forma expresa ni la nulidad ni la anulabilidad de las mismas sino una serie de declaraciones ya apuntadas en los Hechos de la presente resolución. A este respecto, siendo el actor titular de un local comercial donde ejercía la actividad de hostelería con su correspondiente licencia de apertura para la actividad de bar con música en el Pasaje Mitjana Nº 2, Local 1-2 de Málaga. Teniendo el actor la intención de ampliar la actividad de bar musical a discoteca, solicitó información al Ayuntamiento de Málaga, presentó documentación pertinente y de hecho, según el relato fáctico, obtuvo informes favorables de la Gerencia Municipal de Urbanismo, realizó las pruebas necesarias para acreditar la inexistencia de contaminación acústica, redactados proyectos técnicos por profesionales al efecto, solicitó y tenía derecho a la licencia de apertura para dicha ampliación atendido los procedimientos aplicables al supuesto que se interesaba. Continuaba el relato sosteniendo que instada la calificación ambiental, iniciados los trámites por la administración municipal, sin que constase oposición alguna en el trámite de información pública, sin embargo el área arriba identificada, previa petición a la oficina de Revisión del PGOU de aclaración sobre determinados aspectos urbanísticos y desterradas todas las dudas por dicho organismo municipal que consideró que no había cambio de uso con la ampliación solicitada, por la demandada en autos se denegó dicha calificación ambiental. Para ello, según siempre el relato y fundamentación del recurrente, se había vulnerado el procedimiento y plazos, no se le había dado traslado ni audiencia al recurrente del informe emitido por el Área de Aperturas, pero sobre todo eran equivocadas las conclusiones atendida la normativa vigentes e incluso la existencia de otros precedentes de misma petición sobre ampliación, que no aparición novedosa, de licencia y concesión de la misma para la actividad de discoteca sin que a su subjetivo parecer fuese oponible como razón el mero cambio de horarios de apertura. Atendidos no solo los perjuicios causados al recurrente ante la creencia y la propia apariencia de la administración con su actuar previo y el postrero,*







sino y también que no se habían determinado ni probado que el cambio de actividad tuviese un impacto negativo por el citado cambio en un local de uso preexistente, inmueble por lo demás sin protección especial, se instaban en el suplico las reclamaciones ya señaladas más arriba.

Como no podía ser de otra forma a estas alturas de la litis, por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga se mostró su oposición. Para empezar se deslindó tanto la causa generatriz del acto administrativo como el pronunciamiento municipal objeto de contienda. En segundo lugar, se sostuvo la corrección en derecho atendida la nueva realidad legal sobre la materia en cuestión donde las “declaraciones responsables” habían sustituido a la anterior “concesión de licencia” sin que ello privase del control posterior ni la necesidad de los informes “especiales” como era el de carácter ambiental. A lo anterior se añadía que lo pretendido por el recurrente olvidaba que la actividad de bar con música y la de discoteca, eran diferentes como así se reconocía reglamentariamente por lo que la necesidad de la calificación ambiental era evidente y el resultado alcanzado era el colofón del estudio de la normativa de aplicación actual, incluida la de naturaleza urbanística y de planeamiento como era el PGOU de 2011. Por lo expuesto, considerando la demandada que no existía contradicción interna de la administración ni vulneración del derecho aplicable, se suplicaba el dictado de Sentencia desestimatoria de la demanda en todos sus pedimentos.

SEGUNDO.- Con carácter previo se hace necesario resolver la presentación de medios documentales tras la presentación de conclusiones por ambas partes. En concreto, por la representación procesal de la demandada se aportó la resolución definitiva dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de este partido judicial de 3 de septiembre de 2014 en los autos de PO 435/2013; mientras que la asistencia jurídica del recurrente aportó la Sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 31 de marzo de 2014 en el Rollo Nº 1517/2010. Sobre esta cuestión, teniendo presente la redacción del art. 271.2 de la LEC 1/2000 considera este Juez que, en puridad de conceptos, la única resolución dictada con posterioridad al trámite de conclusiones fue la emanada del órgano judicial unipersonal de este partido. No obstante, tratándose en ambos casos de resoluciones meramente ilustrativas y no vinculante para este juzgador como jurisprudencia, se admiten ambos medios sin que ello eluda ni minore la labor hermenéutica ni decisoria de este juzgador.

TERCERO.- Una vez esbozadas las líneas maestras de todos los escritos presentados en estos autos, considera quien aquí resuelve que es más que necesario, a la vista de las alegaciones y motivos dados por la recurrente y su representación para la obtención de la estimación de su recurso, aclarar cuales son las resoluciones combatidas y el alcance de las mismas. Como ya se indicó con anterioridad la parte actora cuestionaba en sede jurisdiccional la resolución del Ayuntamiento de Málaga en su Área de gobierno de Medio Ambiente y Sostenibilidad, Sección de Calificaciones Ambientales y Control de Ruido por la que se desestimó recurso de reposición interpuesto contra la previa resolución por la que se denegaba la Calificación Ambiental para ampliación de uso a discoteca.

En concreto, partiendo de las previsiones contenidas en la legislación autonómica y particularmente de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión integrada de la Calidad ambiental, la calificación ambiental es el procedimiento mediante el cual se analizan las consecuencias ambientales de la implantación, ampliación, modificación o traslado de







las actividades que así recoja el anexo I de la al objeto de comprobar su adecuación a la normativa ambiental vigente y determinar las medidas correctoras o precautorias necesarias para prevenir o compensar sus posibles efectos negativos sobre el medio ambiente, siéndole aplicable el Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental. Se considera aplicable el procedimiento de calificación ambiental a las modificaciones o ampliaciones de actividades, siempre que supongan incremento de la carga contaminante de las emisiones a la atmósfera, de los vertidos a cauces públicos o al litoral, o en la generación de residuos, así como incremento en la utilización de recursos naturales u ocupación de suelo no urbanizable o urbanizable no programado y afección a un espacio natural protegido.

Partiendo de la sucinta introducción antes expuesta, y descendiendo al supuesto litigioso que nos ocupa, pretende la parte actora una declaración favorable sobre la base de un vicio procedimental consistente en la pertinencia del otorgamiento de licencia. Pero para ello olvida que la concesión de las mismas no puede desentenderse del marco jurídico actual el cual, con un espíritu más evolucionado y en sintonía con la normativa comunitaria, ha pretendido la sustitución de la concesión previa de licencia por la declaración responsable sin perjuicio del control de la administración y el cumplimiento de los aspectos especiales de aplicación. En este sentido, este humilde juzgador hace propio el más que ilustrativo estudio del marco jurídico comunitario y la legislación estatal y autonómica de aplicación llevado a cabo por la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Nº 5 en sus autos de Procedimiento Ordinario ya señalado y que, a su vez, hace uso de la meritada Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 7 de marzo de 2014 la cual, al constar íntegramente en autos por la copia introducida tras las conclusiones y al ser conocido por ambas partes hoy litigantes al ser también contendientes la misma representación procesal del ahora actor y la misma Administración municipal la allí y aquí interpeladas, se da por reproducido para evitar reiteraciones jurisprudenciales. Así las cosas, que no exista un control previo como el del otorgamiento de licencia, ello no elude que se deban cumplir los requisitos específicos pues así lo proclama la Disposición Adicional Quinta de la Ley 25/2009 de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (La Ley 17/2009 también conocida como "Omnibus") pues para la presentación de la declaración responsable, previamente se requiere llevar a cabo la evaluación ambiental.

Frente a lo anterior, el recurrente reclamaba que por el juzgador, sin instar expresamente nulidad o anulabilidad de la resolución que informó desfavorablemente, emitiese fallo declarando "Favorable" dicha calificación. Para ello enarbola que la actividad de bar con música a discoteca sean diferentes ni que quedase probado que el cambio tuviese un impacto negativo a resultas lo anterior del preexistente uso musical. Dicha afirmación del actor y su representación procesal es errónea pues olvidan que la normativa aplicable a bares y discotecas no es la misma. En este sentido el Art. 2 del Decreto 78/2002, en su redacción dada por el Decreto 247/2011 de 11 de julio establece que "Todas las autorizaciones que se otorguen por las Administraciones competentes para la concelebración de espectáculos públicos y el desarrollo de actividades recreativas o, en los casos que proceda para la instalación de establecimientos públicos dedicados a esta materia, así como las declaraciones responsables previas a la apertura de dichos







establecimientos, DEBERÁN AJUSTARSE en cuanto a su denominación y definición, a las recogidas en el Nomenclátor y en el Catálogo que se inserta en los Anexos I y II". Pues bien, en dicho elenco de actividades recogidas en la norma anteriormente citada, la actividad de bar con música está encuadrada en el epígrafe II.2.8 mientras que la actividad de discoteca lo está en el epígrafe III.2.9. Una mera lectura de ambos demuestra que son actividades diferentes sin que la esencia de uso de la "música" pueda menoscabar dicha distinción que alcanza a aspectos tan trascendentes como el "horario de apertura" aspecto este esencial para el interés general salvo para el particular y concreto del actor que no lo consideraba un argumento jurídico y ello a pesar de existir norma reglamentaria (en concreto la Orden de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía de 25 de marzo de 2002 que, entre otros aspectos, concretaba el cierre de los bares con música a las tres de la mañana mientras que el de las discoteca se difería hasta las seis de la madrugada, diferencia nada desdeñable.

No obsta lo hasta ahora expuesto la interpretación particular llevada a cabo por el actor en cuanto a la existencia de informes emitidos por otros organismos administrativo (en concreto los de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Málaga sobre la posibilidad de uso al no alterar la calificación del suelo, inmerso en el PEPRI Centro de esta ciudad). A este respecto no solo no era competencia de dicha GMU municipal la calificación ambiental sino y sobre todo que el valor de dichos informes, como muy bien señaló el Magistrado redactor de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Nº 5, son facultativos y no vinculantes ex art. 83 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC

A su vez debiendo entenderse que, si bien de forma tácita, se instaba la de nulidad plena sustentado en la conculcación de las normas procedimentales ex art. 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC, es preciso recordar que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 62 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos.

A este respecto es interesante traer a colación, por concisa pero más que didáctica, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que "... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el







*ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt)."*

*Pues bien, en el caso de autos, entiende el demandante que las resoluciones litigiosas incurren en las causas de nulidad establecidas en las letras e) y f) del Art. 62.1 de la Ley 30/1992. Sobre estos parámetros legales, señalaba por la actora que no se le había dado traslado previo respecto de la propuesta de del informe del Área de apertura, justificando lo anterior en el texto reglamentario contenido en el art. 14.2 del Decreto 297/1995 con el consiguiente incumplimiento del procedimiento previsto. Pero lo que dicho precepto establece es la necesidad y plazos para la elaboración de la propuesta de resolución de Calificación Ambiental, pero no que de dicho acto se de traslado a la parte hoy recurrente pues, para empezar con anterioridad a la elaboración de dicha propuesta existe un previo trámite de alegaciones por los interesados sobre los que debe valorarse la normativa urbanística y ambiental vigente, los posibles efectos y las propias alegaciones presentadas durante la información pública. Lo anterior evidencia que dicho informe solicitado al Área de apertura no era más que un acto de trámite previo al acto administrativo que la hizo propio (la resolución final que calificó desfavorablemente en el 19 de noviembre de 2012 en el expediente administrativo CA-1465-2011 cuya nulidad se reclamaba por el [REDACTED] al que se podía interpelar mediante recurso de reposición como hizo el recurrente (que dio lugar a la resolución municipal de 13 de agosto de 2013) y, en su caso y como también llevó a cabo la parte actora, cuestionar en sede jurisdiccional. Lo hasta ahora razonado lleva, automáticamente, a la desestimación tanto de la pretensión de nulidad como la de anulabilidad pues en modo alguno concurre indefensión que se requiere ex art. 63 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC.*

*Ya en cuanto al tercer y último motivo de nulidad, el del apartado f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992 ("Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición), atendida la necesidad de la previa calificación ambiental con anterioridad a la declaración responsable, considerando que el informe municipal motiva concisa pero más que suficientemente que el impacto del cambio horario es más que decisivo y evidente por la propia evidencia de la franja horaria y que ello en modo alguno es inócuo para los residentes ( con apertura hasta las seis de la mañana sobre todo para el descanso de los mismos), dicho motivo es aún más restrictivo si cabe y por lo expuesto debe rechazarse. No posterga lo anterior las razones dadas por la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con Sede en Granada traídas a colación por la actora pues, pura y simplemente son hechos completamente diferentes (pues en la resolución allí dictada por la prestigiosa Sala y Sección se centraba el debate en la denegación de licencia de apertura cuando, con anterioridad y por la normativa de aplicación anterior a la ahora vigente, se había concedido calificación ambiental favorable extremo que, como hasta casi la saciedad se ha visto aquí, no es el que nos ocupa).*

*Por todo lo expuesto, considerando conforme a derecho las resoluciones recurridas, procede la desestimación del recurso en todos sus extremos, tanto la principal como la petición introducida con carácter subsidiario de retroacción de actuaciones administrativas, sin necesidad de más razones."*

**TERCERO.-** El apelante manifiesta su disconformidad con la sentencia por lo siguiente:  
-la demanda consta de dos peticiones que no han sido contestadas. Una, considerar que el







cambio de actividad pretendido por mi mandante es conforme a derecho, tal como se acredita por el informe de 22 de noviembre de 2011 y por el hecho de que en el vigente PGO U el cambio de bar a discoteca puede llevarse a cabo por el uso musical preexistente y Dos, considerar que el procedimiento seguido por dicha parte solicitando la calificación ambiental no ha seguido el trámite establecido en la normativa de aplicación, de ahí que se considere que es nulo de pleno derecho el acto administrativo que ha dado lugar a la presentación de la demanda.

También alega error en la valoración de la prueba ya que se han tenido en cuenta informes de fecha 13 de noviembre de 2012 de la Jefa de Servicios de Apertura que reproduce uno de la Asesoría Jurídica Municipal de los que no ha tenido conocimiento en el expediente administrativo.

Durante la tramitación del recurso no se han practicado las pruebas que acreditan que el Ayuntamiento con la misma normativa, ha concedido licencias de apertura a través del cambio de de actividad bar musical a discoteca.

La parte apelada AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA se opuso al recurso de apelación con los siguientes argumentos:

1. Error en la concepción del recurso de apelación puesto que hay que hacer una crítica de la sentencia.

2. No cabe invocar pues incongruencia omisiva. el uso de hostelería con actividad musical es incompatible con el uso residencial es contrario es incompatible con el plan, de 1997.

3. Una discoteca no es un bar con música y el uso como discoteca está prohibido en la legislación sectorial.

**CUARTO.-** Como señala la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998 (recurso núm. 6192/1992) "*El recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia -- Sentencias de 24 de noviembre de 1987, 5 de diciembre de 1988, 20 de diciembre de 1989, 5 de julio de 1991, 14 de abril de 1993, etc.- ha venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo".*

En el mismo sentido la STS 14 junio 1991, con cita de las SSTs de 22 de junio y 5 de noviembre de 1990 y 19 de abril de 1991, afirma que "*el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por la que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la*





*pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación, de suerte que, si esa crítica se omite, se priva al Tribunal ad quem del necesario conocimiento de los motivos por los que dicha parte considera a la decisión judicial jurídicamente vulnerable, sin que se pueda suplir tal omisión ni eludir la obligada confirmación de la Sentencia por otro procedimiento, ya que la revisión de ésta no puede "hacerse de oficio por el Tribunal competente para conocer del recurso» ( Sentencia de 19 de abril de 1991 )".*

**QUINTO.**-En las antedichas circunstancias -esto es, articulada adecuadamente la apelación como un juicio crítico a la Sentencia dictada en la instancia- y como sostiene el Tribunal Supremo, el recurso de apelación transmite al Tribunal *ad quem* la plenitud de competencia para resolver y decidir todas las cuestiones planteadas en la primera instancia, como recuerda la STS 17 enero 2000 (recurso 3497/1992 ).

En efecto, el recurso de apelación reproduce las consideraciones previamente vertidas en el escrito de demanda en cuanto a la infracción de las normas de procedimiento y conformidad a Derecho del cambio de actividad pretendido en el local -de bar con música a discoteca- devienen plenamente aplicables las consideraciones vertidas en la STS 26 octubre 1998 antes citada: "*La reproducción en el escrito de alegaciones... equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia apelada, por lo que al ser recurridos en apelación los pronunciamientos del Tribunal de instancia, la mera repetición de lo expresado en la demanda, ignora tales pronunciamientos, eludiendo todo análisis crítico en torno a los mismos, lo que conduce a la desestimación del recurso de apelación, al no ser apreciada en la referida sentencia, ninguna manifiesta infracción legal que pueda y deba ser corregida sin menoscabo del carácter rogado del proceso contencioso administrativo "*. No obstante, en aras de agotar el principio de tutela judicial efectiva, abordaremos los motivos alegados.

**SÉXTO.**- No se incurre en incongruencia omisiva alguna pues existe un ajuste entre lo pedido y lo resuelto en la sentencia. La incongruencia omisiva o *ex silentio*, que aquí particularmente importa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales" ( SSTC 124/2000, de 16 de mayo , 186/2002, de 14 de octubre y 6/2003, de 20 de enero ).

Las dos cuestiones -en opinión de la parte apelante no contempladas en la sentencia, han tenido su examen por el Juzgador. La primera se refiere a que no ha respondido a su petición de nulidad. Lo cierto es que sí trata la cuestión y se da cumplida respuesta, basta







leer la referida sentencia " el recurrente [REDACTED] instó un complejo petitum respecto a dos actos administrativos consistentes en la desestimación de su reposición interpuesta contra previa resolución dictada por el Ayuntamiento de Málaga en su Área de gobierno de Medio Ambiente y Sostenibilidad, Sección de Calificaciones Ambientales y Control de Ruido y donde no se reclamó de forma expresa ni la nulidad ni la anulabilidad de las mismas sino una serie de declaraciones..." y "debiendo entenderse que, si bien de forma tácita, se instaba la de nulidad plena sustentado en la conculcación de las normas procedimentales ex art. 62.1.e) y f) de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC , es preciso recordar que, como ha venido manteniendo la jurisprudencia, la nulidad de pleno derecho, o nulidad absoluta, se configura, en nuestro Ordenamiento jurídico y en nuestra doctrina jurídica, como una de las técnicas de ineficacia de los actos administrativos, junto con la anulabilidad y la simple irregularidad; la nulidad de pleno derecho, en cuanto técnica que produce la máxima ineficacia de los actos administrativos, viene reservada a las infracciones del Ordenamiento jurídico de mayor gravedad, mientras que la anulabilidad se predica de las infracciones graves -el resto de las infracciones del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder-, y la simple irregularidad de las infracciones leves, de carácter formal o procedimental. Ello se concreta en que los vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho sean tasados en los términos de lo establecido en el artículo 62 de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo tan sólo aplicable el instituto de la nulidad de pleno derecho si se dan las causas expresamente prescritas en dicho precepto como causas de nulidad y no en otros casos. A este respecto es interesante traer a colación, por concisa pero más que didáctica, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de Canarias de 12 de junio de 2009, que "... la nulidad de pleno derecho, en cuanto grado de invalidez, es la regla general en materia de disposiciones generales, pero es la excepción cuando se trata de los actos administrativos, cuyos supuestos de nulidad absoluta o radical aparecen tasados legalmente, mientras que la norma general es que la infracción por los mismos del ordenamiento jurídico genera tan solo su anulabilidad. De ahí que la interpretación de los supuestos de nulidad de pleno derecho haya de ser restrictiva, según viene manteniendo la jurisprudencia, dado el carácter excepcional de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt)." *onal de tales supuestos en el ámbito del Derecho administrativo (odiosa restringenda sunt).*"

Pues bien, en el caso de autos, entiende el demandante que las resoluciones litigiosas incurrían en las causas de nulidad establecidas en las letras e) y f) del Art. 62.1 de la Ley 30/1992. Sobre estos parámetros legales, señalaba por la actora que no se le había dado traslado previo respecto de la propuesta de del informe del Área de apertura, justificando lo anterior en el texto reglamentario contenido en el art. 14.2 del Decreto 297/1995 con el consiguiente incumplimiento del procedimiento previsto. Pero lo que dicho precepto establece es la necesidad y plazos para la elaboración de la propuesta de resolución de Calificación Ambiental, pero no que de dicho acto se de traslado a la parte hoy recurrente pues, para empezar con anterioridad a la elaboración de dicha propuesta existe un previo trámite de alegaciones por los interesados sobre los que debe valorarse la normativa urbanística y ambiental vigente, los posibles efectos y las propias alegaciones presentadas durante la información pública. Lo anterior evidencia que dicho informe solicitado al Área de apertura no era más que un acto de trámite previo al acto administrativo que la hizo propio (la resolución final que calificó desfavorablemente en



el 19 de noviembre de 2012 en el expediente administrativo CA-1465-2011 cuya nulidad se reclamaba por el [REDACTED] al que se podía interpelar mediante recurso de reposición como hizo el recurrente (que dio lugar a la resolución municipal de 13 de agosto de 2013) y, en su caso y como también llevó a cabo la parte actora, cuestionar en sede jurisdiccional. Lo hasta ahora razonado lleva, automáticamente, a la desestimación tanto de la pretensión de nulidad como la de anulabilidad pues en modo alguno concurre indefensión que se requiere ex art. 63 de la Ley 30/1992 de RJAP y PAC.”.

La segunda cuestión que a juicio de la parte apelante, no ha sido contemplada en sentencia es la conformidad a derecho del cambio de actividad. Sin embargo, es el objeto del conflicto planteado y ha sido resuelto, sin que el Juzgador haya incurrido en error alguno. En efecto, el titular de la licencia para bar con música pretendía cambiar dicha actividad a discoteca. Al no existir el control previo de la licencia de apertura sino la declaración responsable, el control se ha circunscrito a informes urbanísticos y medioambientales. Las actividades de bar con música y Discoteca son actividades distintas. Para ello hay que acudir al nomenclator y catálogo de espectáculos públicos, Actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad de Andalucía. La actividad de bar con música se encuentra en el Anexo III. Epígrafe 2.8 y la de Discoteca en el epígrafe III, 2.9, son distintas actividades en el nivel de ruido y horario. Por tanto, al tratarse de una nueva actividad medio ambiental necesita una nueva autorización. Es el uso preexistente el que viene regulado por la licencia de apertura ( artículo 12.4.6 del Plan General de Ordenación Urbana); el artículo 14.2 del Decreto 297/1995, de 19 de diciembre de Calificación Ambiental de Andalucía establece que “ se considerará la normativa urbanística y ambiental vigente”.

El siguiente punto se refiere a que no se pudo conocer el informe del servicio de aperturas de fecha 13 de noviembre de 2012, no obstante hay que poner de manifiesto que consta en el expediente administrativo ( folios 165 a 167).

Finalmente respecto a las pruebas, alega la parte apelante que no fueron admitidas, causándole indefensión. No obstante, se aprecia que no fueron propuestas en forma. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha declarado que la indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución es la material, esto es, la que se traduce en una real privación o limitación del derecho de defensa pero no aquella que es imputable al propio interesado, que no actúa con la diligencia exigible pues en este caso dicho interesado ha de pechar con las consecuencias de dicha falta de diligencia ( ST 24 de julio y 13 de febrero de 1995 entre otras).

Por lo expuesto, se impone la desestimación del recurso de apelación.

**SÉPTIMO.-** Corresponde el pago de las costas a la parte apelante( art. 139 de la LJ.)

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de [REDACTED] contra la sentencia a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente resolución que confirmamos. Con costas.







Notifíquese esta Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con la composición que determina el artículo 86.3 de la Ley jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo Cuerpo legal .

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo de apelación, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION** .- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.



