

Expte. DII-1104/2002-2

S/R: 936791/02

**ILMO. SR. ALCALDE-PRESIDENTE DEL
AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA
Plaza del Pilar, 18
50003 ZARAGOZA**

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 13 de septiembre de 2002 tuvo entrada en esta Institución una queja que hacía alusión a las molestias que causaba a los vecinos el sistema de aire acondicionado instalado en el bar de nombre "DDDD", ubicado en C/ Comandante Repollés nº 6 de la ciudad de Zaragoza.

En el escrito de queja se afirma que el mencionado aparato ha sido instalado encima de un cerramiento que realizó, sin permiso de la comunidad de vecinos, en una terraza donde ha instalado la cocina del bar y que está en funcionamiento desde primera hora de la mañana hasta la una de la madrugada aproximadamente. Según manifiesta el firmante de la queja, un funcionario de inspección del Ayuntamiento de Zaragoza en Urbanismo le informó que había licencia urbanística para cerrar la galería y hacer la cocina, pero no figuraba permiso para colocar los aparatos, y que al tratarse de un bar con licencia concedida desde hace mucho tiempo se le aplican las antiguas Ordenanzas municipales sobre ruido. La queja interroga si es correcta la aplicación de viejas ordenanzas a un bar por tener licencia antigua.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, y con el fin de determinar el alcance del problema, se acordó admitirla a mediación, efectuando la oportuna asignación del expediente para su tramitación. Tras ello, se envió con fecha 01/10/02 un escrito al Ayuntamiento de Zaragoza para que remitiese informe escrito sobre la cuestión planteada, solicitando información particularizada sobre la disposición de licencia de apertura de la actividad de bar, la conformidad a la normativa aplicable de la instalación de aire acondicionado encima del cerramiento de la terraza y autorización municipal con la que cuenta, las denuncias vecinales recibidas por molestias que causa el establecimiento y su instalación de aire acondicionado, solicitando copia del expediente, y los resultados obtenidos de las mediciones de los niveles de inmisión sonora en las viviendas próximas e inspecciones de la instalación, si se hubiesen realizado.

TERCERO.- El interesado envió el 04/10/02 un correo electrónico ampliando la información del inicial escrito de queja en el que señala, como novedades sobre los datos anteriores, los siguientes:

- Que en la licencia urbanística que se le concedió cuando reformó el bar los aparatos de aire acondicionado no figuraban.
- Que esta situación ya fue denunciada en la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento, pero la denuncia se archivó.
- Que para las mediciones de ruidos la Policía Local les exige que cierren las ventanas exteriores de la galería, lo que impide que la medición arroje un resultado positivo porque se interpone una doble barrera con respecto a los aparatos (ventana del dormitorio interior y ventana de la galería exterior); considera que es incorrecto medir de esta manera, ya que si la galería estuviese sin ventanas, como otras muchas, el resultado sería completamente distinto.

Por su parte, el Ayuntamiento de Zaragoza, con fecha 08/11/02, ha remitido un informe emitido por el Servicio de Disciplina Urbanística de 05/11/02 donde ratifica la existencia de licencias urbanística y de actividad del bar en cuestión para cafetería sin equipo musical y la tramitación de expediente para actividad de café –bar, que no ha sido resuelto todavía, envía los expedientes tramitados como consecuencia de las denuncias de los vecinos y las actas de medición de ruidos; los expedientes han pasado al Servicio de Inspección Urbanística, remitiendo al mismo la cuestión relativa a la instalación del equipo de aire acondicionado. No se ha recibido ningún informe de este Servicio.

Las denuncias vecinales, formalizadas en fechas 30/05/02, 05/07/02 y 17/09/02, versan sobre las molestias generadas por los aparatos extractores de aire; señala que son fuente de ruidos, malos olores y calor excesivo y que deberían estar insonorizados, así como las chimeneas de salida de humos llegar al tejado.

Consta en dicha documentación una comparecencia del titular del bar en la que señala que *“los mencionados aparatos se encuentran situados encima del establecimiento denominado “Bar DDDD”, en la terraza correspondiente al piso 1º del mismo número 6, propiedad, así mismo, del compareciente, el cual debería ser el mayor perjudicado, sin haber apreciado dicha deficiencia. Que los citados aparatos disponen de los anclajes necesarios para evitar todo tipo de ruidos y molestias, si bien, y a la vista de los hechos que se hacen constar en la denuncia, se han cursado las órdenes*

oportunas encaminadas a mejorar el aislamiento y por tanto, reducir el número de decibelios y en consecuencia, anular las molestias que se pueden causar a otros vecinos del inmueble”.

Por último, el 21/03/03 se ha recibido una nueva comunicación del promotor de la queja en la que insiste en que los problemas denunciados a lo largo de la misma (ruidos y vibraciones, ubicación de los aparatos en la terraza nivel del primer piso, evacuación del aire sin chimenea, falta de licencia para su instalación y taponamiento de una ventana de la escalera comunitaria) se siguen manteniendo y que no ha habido inspección urbanística para su corrección, rogando la intervención de esta Institución para que el Ayuntamiento resuelva su problema en un tiempo razonable.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Sobre las molestias producidas en locales que repercuten en el interior del domicilio.

Haciendo un esquema global de situaciones similares a la que nos ocupa, se puede decir que existen un conjunto de actividades que afectan a la calidad de vida de quienes viven próximos a ellas. Ante esta situación, los poderes públicos, de acuerdo con las atribuciones que la Ley les otorga para el ejercicio de sus propias competencias, se han de dirigir a los titulares de dichas actividades, motu proprio o a solicitud de los ciudadanos, para que corrijan la fuente de las molestias. Nos encontramos así con una relación trilateral en la que a un lado están los empresarios promotores de la actividad, a otro los ciudadanos que soportan sus consecuencias y en medio deben situarse las Administraciones Públicas, obligadas a hacer todo aquello que esté en sus manos para equilibrar los intereses implicados y velar por la aplicación de la normativa vigente.

La jurisprudencia va entendiendo cada vez mas de los problemas que la actividad de los establecimientos públicos genera a los ciudadanos que viven en las inmediaciones. Si bien los problemas pueden ser ocasionados por diversas causas –ruidos, humos olores, contaminación lumínica, etc.- la materia que ha sido objeto de un tratamiento más reiterado es la de inmisiones acústicas molestas que se producen en el interior de los domicilios, que se llega a calificar por los tribunales como violación de un derecho fundamental de los ciudadanos que exige la actuación de la Administración para darle solución. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15/03/02 alude a la doctrina constitucional que vincula las molestias acústicas, como uno de los fenómenos característicos de la sociedad del riesgo en que nos encontramos, con los derechos constitucionales de los ciudadanos a la integridad física y moral (art.

15) y a la intimidad personal y familiar (art. 18); a juicio de la Sala, esta doctrina debe inspirar, junto con el principio de proporcionalidad de la actividad administrativa, la interpretación del RAMINP. El mismo Tribunal aclara en sentencia de 18/12/02 que esta lesión de derechos fundamentales no deriva de la mera constatación de una ilegalidad, sino de la postura habitual de pasividad o, mejor, de actividad insuficiente de la Administración que a su vez produce, sumado, el efecto final de lesionar aquellos derechos.

En este sentido, es de destacar la importancia que nuestro Legislador concede a la protección del medio ambiente al configurar como un tipo penal en el artículo 325 del vigente Código la producción de emisiones, ruidos y vibraciones en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, y establece una pena superior si hubiese riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas.

El Tribunal Supremo ha declarado en distintas ocasiones, la prevalencia de lo medioambiental sobre lo urbanístico, afirmando la protección del medio ambiente como interés público prevalente, por su directo engarce con los derechos fundamentales a que antes se ha hecho referencia. Así, tanto en el supuesto que nos ocupa como en otros muchos similares existe un conflicto entre los derechos de los vecinos y los derechos de propiedad y libertad de empresa de los hosteleros que, atendiendo al expresado criterio preferencial de los derechos fundamentales, debe resolverse a favor de los primeros, que condicionan en mayor grado el pleno ejercicio de otros derechos constitucionales, si bien hay que tener siempre en cuenta que esta contraposición de derechos es susceptible de ser invocada siempre que la libertad de empresa se materialice tras haber cumplido los requisitos legalmente establecidos para su ejercicio, situación que en el presente caso parece no darse al faltar la licencia que faculta para el ejercicio de la actividad en los términos en que se está desarrollando actualmente.

Se ha de señalar que las molestias generadas por los locales de ocio son perfectamente evitables siempre que se cumplan las condiciones establecidas en las normas que les son de aplicación y con fundamento en las cuales se conceden las oportunas licencias. Para ello, los poderes públicos deben actuar, como a continuación se indicará con más detalle, en dos fases: con carácter previo al inicio de la actividad velarán por la correcta tramitación del expediente de licencia que habilite para su ejercicio y comprobarán que las medidas correctoras adoptadas son conformes; a lo largo de toda la vida de la actividad realizarán una vigilancia posterior suficiente de su desarrollo, molestias que generan, cumplimiento de horarios, etc.

Segunda- Sobre las licencias de apertura y de obras y el ejercicio de actividades clasificadas.

La Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, regula en su artículo 167 las licencias de actividad clasificada, señalando que será exigible “... *para las actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de conformidad con lo dispuesto en la normativa reguladora de tales actividades*”. Este mismo concepto es recogido en el artículo 194.1.b de la Ley 7/1999, de 7 de abril, de Administración Local de Aragón, al enumerar las autorizaciones y licencias a las que deberá sujetarse el ejercicio de determinadas actividades.

Tradicionalmente, la regulación de actividades de esta naturaleza ha venido contenida en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), que trata de encauzar “... *el problema de las actividades industriales que siendo necesarias para la economía del país pueden producir molestias o suponer un peligro o una perturbación para la vida en las ciudades.*” Este propósito se concreta en su artículo 1 cuando extiende su aplicación a todas las actividades que produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente, ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.

El Título II del RAMINP, que continúa siendo la normativa vigente en la materia a pesar de su antigüedad, regula el procedimiento para el legal ejercicio de las actividades clasificadas, que concluye con la visita de comprobación previa al inicio de la actividad (artículo 34). Este trámite ha sido recogido por el nuevo Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón aprobado por Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, que se cita, a pesar de no resultar aplicable al presente caso por motivos cronológicos, como indicativo de la importancia de esta visita para garantizar el cumplimiento de las condiciones exigidas en la licencia, que deberán mantenerse de forma continua: el comienzo de la actividad tras la inicial comprobación y acreditación de su resultado en la correspondiente acta no extingue el vínculo entre la Administración y el titular, quedando autorizada la Administración para inspeccionar en cualquier momento la actividad o instalación autorizada, en virtud de lo previsto en el artículo 35 del RAMINP. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12/11/1992 (R.A.J 2431) expresa claramente esta idea al afirmar que “*es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que afirma que las licencias reguladas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas constituyen un supuesto típico de las denominadas autorizaciones de funcionamiento que, en cuanto tales, no establecen una relación momentánea entre Administración autorizante y sujeto autorizado sino que generan un vínculo permanente encaminado a que la Administración proteja adecuadamente en todo momento el interés público*”

asegurándolo frente a posibles contingencias que puedan aparecer en el futuro ejercicio de la actividad. Y ello implica que respecto de estas licencias se atenúen e incluso quiebren las reglas relativas a la intangibilidad de los actos administrativos declarativos de derechos pues entendemos que la actividad está siempre sometida a la condición implícita de tener que ajustarse a las exigencias del interés público, lo que habilita a la Administración para, con la adecuada proporcionalidad, intervenir en la actividad, incluso de oficio, e imponer las medidas de corrección y adaptación que resulten necesarias...”.

Este control administrativo previo a través de las licencias implica que ninguna actividad pueda comenzar a ejercerse sin previa licencia y comprobación del cumplimiento de sus prescripciones y, principalmente, del correcto funcionamiento de las medidas correctoras previstas en el proyecto técnico que describe la instalación o impuestas en el acto de concesión de la licencia. El ejercicio de la actividad previamente al cumplimiento de estos trámites es ilegítimo y no puede servir para fundamentar una situación de hecho. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28/05/96, “... en ningún caso puede estimarse concedida tácitamente la referida licencia por actos anteriores, según reiterada doctrina de esta Sala que arranca de las sentencias de la antigua Sala cuarta de 16 de Junio de 1978 y 17 de Mayo de 1980, en las que se afirma que una situación de hechos o la mera tolerancia no equivale a la concesión de la licencia y que tales antecedentes, en el cobro de tasas municipales por inspección de motores en la gravera, no pueden ser estimados como virtualmente eficaces a los fines de derivar de ellas la existencia previa de un requisito tan formal y explícito como debe ser una licencia de apertura de industria, porque el pago de tasas municipales no presupone ni implica la existencia de una licencia de esta clase, habiendo destacado el Tribunal Supremo, (S.S. de 7 de Junio y 3 de Octubre de 1972) la diferencia entre un acta de inspección que da lugar al pago de una tasa y la realidad de la concesión de una licencia de apertura, conceptuada como una declaración de voluntad de la Administración Pública, con lo que permite a un particular el ejercicio de un derecho de que ya era titular, previa valoración de la legalidad de tal ejercicio, no pudiendo, por tanto, suplir el pago de unos tasas la ineludible licencia, ni esta puede tampoco eludirse, con la intervención de otros órganos públicos. Por tanto, es desacertado creer que la licencia es o puede ser, acto posterior a la instalación o funcionamiento de actividad sometida al régimen del Reglamento de 30 de Noviembre de 1961 porque toda instalación, apertura y funcionamiento requiere la previa licencia municipal, y, además, la adopción de las medidas correctoras impuestas en aquélla y la comprobación que dice el art. 34 del Reglamento, como recogen, en términos nada equívocos la Instrucción en los arts. 3º.1 (respecto de la

necesidad de licencia) y 10.1 (en cuanto a las medidas correctoras) y el Reglamento en cuanto a la comprobación, en el art. 34”.

Secuela de lo indicado es, como señala la sentencia de 31/12/83, que la actividad ejercida sin licencia se conceptúe de clandestina y como una situación irregular de duración indefinida que no legitima el transcurso del tiempo y su cese puede ser acordado por la autoridad que resulte competente en cualquier momento.

La facultad de intervención que el Reglamento de Actividades de 1961 otorga a la autoridad municipal se concreta en el artículo 30 de la Ley de Administración Local de Aragón en la figura del Alcalde, a quien esta norma atribuye la potestad de ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento, entre los que se encuentran los relativos a la concesión de licencias para el ejercicio de actividades.

Tercera.- Actuaciones realizadas por el Ayuntamiento en el caso objeto de queja.

De acuerdo con la información remitida por el Ayuntamiento de Zaragoza y el presentador de la queja, el sistema de aire acondicionado instalado en el bar “DDDD” sito en C/ Comandante Repollés, nº 6 de esta ciudad produce molestias por ruidos y evacuación de calor y malos olores procedentes del establecimiento, sin que se hayan adoptado las oportunas medidas administrativas tendentes a corregir esta situación.

Así, dejando de lado los hechos relativos al cerramiento del patio interior y la instalación allí de la cocina del establecimiento y de los aparatos de aire acondicionado (se trata de un asunto que afecta estrictamente a la comunidad de propietarios del inmueble, única competente para otorgar o denegar la imprescindible autorización, y que por su naturaleza privada queda excluido de la actuación de El Justicia de Aragón), se observa, a la vista de las consideraciones que anteceden, que la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto que ha existido un incumplimiento de normas vinculantes por parte de la Administración municipal, puesto que:

- La información que se facilitó al firmante de la queja y a los vecinos de su comunidad sobre la normativa aplicable en materia de ruidos es incorrecta, al ser de aplicación siempre la que esté vigente en cada momento, dado el carácter de “*autorización de funcionamiento*” antes aludido para actividades de esta naturaleza y el sometimiento a la condición implícita de ajustarse a las exigencias del interés público, que concretan las ordenanzas y normas de aplicación vigentes cuya observancia obliga a imponer las medidas de corrección y adaptación que resulten necesarias.

- Según detalla la condición específica f) de la *“Licencia urbanística de obras y/o actividades”* que da fin al expediente 3.111.059/90, *“La evacuación de humos, gases y vapores, polvo, olores y aguas residuales se realizará de acuerdo con las Normas Urbanísticas del Plan General en vigor”*. A este respecto, cabe citar el artículo 2.3.3 de las Normas Urbanísticas del P.G.O.U. de Zaragoza 2001 (B.O.A. de 03/01/03) cuyo párrafo tercero establece que *“Si la pieza o el local albergara funciones productoras de gases o humos, estos deberán prever su ventilación propia a través de “shunts” o conductos adecuados, sin que pueda ventilarse directamente a través de fachadas, patios comunes, balcones o ventanas. Deberán satisfacerse las normas específicas establecidas para la evacuación de humos”*. Estas normas están contenidas en el “Anejo 3: regla técnica nº 246 relativa a la eliminación de humos en los establecimientos de pública concurrencia” de la Ordenanza municipal de protección contra incendios de Zaragoza (B.O.P. nº 138, de 17/06/00), donde se establecen las condiciones de evacuación de los humos de los locales con diversas exigencias en función de las características de cada uno, pero siempre con estricto respeto a la lógica prohibición antes indicada de evacuar a fachadas, patios comunes, balcones o ventanas.
- La licencia de apertura concedida por Resolución de Alcaldía-Presidencia de 17/12/93 (expte. 3146689/90) indica en su condición 3ª que *“La incorporación al local de instalaciones complementarias o su adaptación para la realización de actividades o la prestación de servicios nuevos, requerirá la concesión de una licencia adicional”*. No consta la concesión de ninguna licencia adicional a esta inicial (el expediente 3203246/1994 iniciado para la obtención de licencia para café-bar no ha sido todavía resuelto), bien sea para la actividad de cocina, que fue objeto de las obras de cerramiento del patio interior, ni para la instalación de los nuevos aparatos de acondicionamiento de aire que, por las características que de los documentos del expediente se desprenden, presumiblemente esté precisada de licencia municipal para su instalación y funcionamiento.
- La actividad produce molestias a los vecinos que han sido denunciadas en reiteradas ocasiones sin que se hayan adoptado las necesarias medidas para su inmediata interrupción.

En cuanto a la discrepancia mostrada por el vecino acerca de las condiciones de medición de los ruidos, señalar que la información de la Policía Local es correcta y que las mediciones se han hecho de acuerdo con lo previsto en la Ordenanza para la protección contra ruidos y vibraciones del

Ayuntamiento de Zaragoza (B.O.P. de 05/12/01) cuyo anexo 7 dispone en su apartado 6.d que *“La medición en los interiores de la vivienda se realizará con puertas y ventanas cerradas, eliminando toda posibilidad de ruido interior de la propia vivienda (frigoríficos, televisores, aparatos musicales, etc.)”*

Cuarta.- Conclusión. Omisión del deber de vigilancia y control de la legalidad ambiental.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el Ayuntamiento de Zaragoza no ha ejercido las actuaciones que le competen de vigilancia y control de esta actividad, evitando su ejercicio sin licencia y las molestias que los vecinos han venido denunciando.

La falta de actuación municipal o actuación insuficiente ante la recepción de denuncias vecinales por actividades sometidas al RAMINP ha sido calificada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29/10/01 (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 2458/1998), como una dejación de las funciones de policía ambiental que trae como consecuencia para el Ayuntamiento demandado el deber de indemnizar a los particulares por los daños ocasionados, y en concreto, por la depreciación del valor de su vivienda y por el daño moral continuado y privación del uso normal del inmueble.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto:

Primero.- Sugerir al Ayuntamiento de Zaragoza que, en ejercicio de las funciones que la Ley le atribuye para la inspección y control de la legalidad de los establecimientos, y máxime cuando se produzcan quejas vecinales por las molestias ocasionadas por actividades clasificadas adopte las medidas oportunas para la restauración del orden jurídico infringido y la evitación de las molestias e incomodidades que puede producir la actividad.

Segundo.- Ciñéndonos al caso que nos ocupa, se sugiere al Ayuntamiento de Zaragoza que, en el ejercicio de sus competencias, agilice la tramitación de la licencia relativa al expediente 3203246/1994 a fin de, mediante la imposición de las medidas correctoras necesarias y la adecuación de instalaciones a las vigentes Ordenanzas, se eviten las molestias que los vecinos vienen denunciando, adoptando hasta ese momento las medidas cautelares precisas para evitar esta situación.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comuniquen si acepta o no la Sugerencia formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

16 de Abril de 2003

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE