

Expte. DII-1117/2003-2

S/R: 1.062.730/03 a.l.

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

ASUNTO: Sugerencia relativa a la necesidad de medidas cautelares para evitar molestias

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 24/10/03 tuvo entrada en esta Institución una queja debida a los problemas por ruidos procedentes de un bar con salón de juegos con máquinas recreativas en Avenida de Madrid nº 78 de Zaragoza.

SEGUNDO.- En la misma el interesado relata que la salida de aire del establecimiento da a la avenida de Madrid, junto a su vivienda, ubicada en el mismo edificio; esta salida es para la ventilación del local y para el aire acondicionado, y produce muchas molestias por ruido (funciona alternativamente con paradas, por lo que al ruido derivado del funcionamiento normal, que supera los límites establecidos en la Ordenanza, se añade el que se genera cada vez que arranca, muy superior) y por la salida de humos y gases. Acompaña al escrito dos actas de medición de ruidos levantadas por la Policía Local los días 14 y 23 de septiembre pasado que acreditan el exceso de ruidos denunciado.

Manifiesta que en numerosas ocasiones se ha dirigido al Ayuntamiento por teléfono y otras por escrito, y le han informado que el establecimiento carece de licencia, pero no hacen nada por imponer su legalización y adoptar las medidas necesarias para evitar las molestias que su funcionamiento habitual genera, principalmente por ruidos y evacuación indebida del aire viciado procedente del mismo, pero también por la música

a alto volumen, que en muchas ocasiones está hasta bien entrada la madrugada.

TERCERO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a mediación, asignando el expediente al Asesor D. Jesús Olite para su tramitación. En ejecución de esta encomienda, se envió con fecha 03/11/03 un escrito al Ayuntamiento de Zaragoza recabando información acerca de la situación legal de la actividad, denuncias vecinales recibidas a causa de las molestias derivadas de la instalación o por incumplimiento de horarios y actuaciones realizadas al respecto, mediciones de ruidos o de vibraciones, y resultado de las inspecciones de orden sanitario que se hayan girado al establecimiento.

CUARTO.- La respuesta del Ayuntamiento se materializó en sendos escritos recibidos los días 11/12/03 y 22/03/04, donde se hacen constar los siguientes datos:

- La actividad cuenta con licencia de apertura cuya titularidad es de Global Game Machine Corporation S.A.
- Existe un expediente para su transmisión a D. Angel Martín Seba que se está tramitando en el Servicio de Intervención Urbanística.
- En el Servicio de Disciplina Urbanística hay dos denuncias por ruidos (expedientes nº 886.310/03 y 944.690/03), cuya medición se efectuó por la Policía Local y dio como resultado un exceso sobre los niveles permitidos. Ambas denuncias están unidas; se ha requerido al interesado el ajuste de la actividad a las condiciones impuestas en la licencia y se ha incoado procedimiento sancionador. El requerimiento e incoación fue resuelto por Alcaldía en fecha 17/10/03, y la propuesta de sanción, que implica la suspensión de licencia por plazo de un mes, es de fecha 26/11/03; en la fecha del informe de este Servicio de Disciplina (27/11/03) está en trámite de notificación al interesado.

Junto esta información suministrada por el Ayuntamiento, el interesado ha aportado otra cuyos datos más importantes, a efectos de la resolución de este asunto, se citan a continuación:

- La principal fuente de molestias deriva de los aparatos de aire acondicionado colocados en la fachada, y su funcionamiento incorrecto

ha sido el que ha motivado las denuncias y las mediciones por la Policía Local los días 14 y 23 de septiembre de 2003.

- Entre la licencia que está en posesión por Global Game Machine Corporation (concedida en septiembre de 2001) y la transmisión de titularidad actualmente en trámite a D. Angel Martín se ha producido una petición de licencia de otra persona, D^a Raquel G.V., que fue denegada por la Comisión de Gobierno en sesión de 30/04/03 *“como consecuencia de no haber subsanado las deficiencias indicadas en el informe del Instituto Municipal de Salud Pública de fecha 18/09/02, habiéndose notificado trámite de audiencia previo a la resolución de denegación de licencia de apertura con fecha 26/02/03”*, añadiendo en su punto segundo, tras recordar la normativa aplicable que exige licencia municipal con carácter previo a la apertura al público de locales, que *“se le hace expresa constancia de la imposibilidad del ejercicio de la actividad, teniendo este acto carácter ejecutivo”*.
- Mediante una resolución de Alcaldía de 03/10/03 se decidió no incoar expediente sancionador contra esta actividad porque la empresa antes citada ya tenía licencia, a pesar de que existiese la petición denegada de D^a Raquel G.V.; para justificar tal medida invoca la citada resolución *“reiterada doctrina jurisprudencial que declara que si existe licencia de actividad y de apertura, como ocurre en este caso, la consecuencia nunca puede ser decretar el cierre de la actividad por carecer de licencia. Por tanto, mientras exista licencia y esta esté vigente, porque haya sido transmitida de un titular a otro, es indiferente a los efectos que aquí interesan, quién es titular de la misma, excepción hecha del régimen de responsabilidad respecto de la actividad que en ella se ejercite de la que solo puede sentirse ajeno el cedente en el momento en que el Ayuntamiento tenga conocimiento del cambio de titularidad y del consentimiento de ambos, cedente y cesionario. Igualmente debe declararse que el otorgamiento de las licencias urbanísticas genera un vínculo permanente entre administración y administrado de forma tal que si el titular de la actividad en el ejercicio de esta incumpliera o excediera las condiciones en que fueron concedidas dichas licencias faculta a la administración para imponer las medidas de restablecimiento del orden urbanístico infringido y de las actuaciones administrativas que sean pertinentes”*.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Sobre la transmisibilidad de las licencias y la posibilidad de introducir determinadas prescripciones en la actividad.

De forma similar a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón de 2002 establece en su artículo 151 la regla general de transmisibilidad de las licencias, regulándola en los siguientes términos:.

“1. Las licencias o autorizaciones serán transmisibles, salvo que se hubieren concedido atendiendo a las cualidades personales del solicitante o cuando el número de las otorgables fuere limitado.

2. Los sujetos que intervengan en la transmisión de la licencia deberán comunicarlo por escrito a la Entidad local, quien comprobará que no está comprendida en los casos previstos en el apartado anterior. Transcurrido el plazo de un mes desde la comunicación sin haberse notificado la no procedencia de la transmisión, ésta se considerará plenamente eficaz.

3. En el caso de que no se comunique a la Entidad local, ambos serán responsables solidarios de los daños que puedan derivarse de su actuación.”

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27/06/94, con referencia a dos anteriores, ambas de fecha 23/04/91, *“nadie puede poner en duda que una licencia de apertura, en cuanto tal licencia, es un acto reglado en que se reconoce al administrado el derecho a hacer algo que se encuentra dentro de los límites del ordenamiento jurídico; y que tal licencia puede ser transmisible, sobre todo cuando se trata simplemente de una mutación en la titularidad de aquella por un cambio de nombre, ya que en la concesión de la primera licencia no ha habido necesidad de ponderar las condiciones de la persona, por tratarse del tipo de la licencia calificada de reales y objetivas, no incursas en ninguna de las clases que pueden impedir su transmisión, de acuerdo con lo regulado en el art. 13 RSCL”*. Pero, al tratarse de un caso en que se era precisa la realización de modificaciones en el establecimiento para el ejercicio legal de la actividad, separa la circunstancia de la transmisibilidad de la posibilidad de obligar a introducir

determinadas prescripciones para ajustarla a la normativa que le sea de aplicación, pues dice más adelante que *“ninguna objeción se puede formular a la fundamentación de la sentencia apelada por entender transmisible la licencia de apertura concedida al anterior titular de la misma, máxime cuando el Ayuntamiento apelante, pese a las alegaciones aducidas en su escrito de alegaciones, en ningún momento procedió a la tramitación del correspondiente expediente contradictorio para dejar sin efecto dicha licencia si, como ahora alega, entendía que se habían incumplido las condiciones a las que estaba subordinada o procedía su revocación por concurrir alguna de las circunstancias a que se refiere el art. 16 RSCL”*.

Esta apreciación del Alto Tribunal deriva de la configuración de las licencias de apertura como *“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...”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 12/11/1992). Así, en virtud de lo previsto en los artículo 35 del RAMINP, 22.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y 159.2 del Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, la Administración puede inspeccionar en cualquier momento la actividad o instalación autorizada para comprobar que cumple la normativa que le resulta de aplicación.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Zaragoza detectó determinados incumplimientos en el expediente para la licencia de apertura a D^a Raquel G.V. (de la documentación aportada parece que es un expediente de licencia de nueva planta, pero realmente se trata de una transmisión, al recaer sobre el mismo establecimiento en el que venía ejerciendo su actividad Global Game Machine Corporation conforme a la licencia obtenida en septiembre de 2001), que fueron advertidos por el Instituto Municipal de Salud Pública y no subsanados por la interesada; la

observación de estas deficiencias debería haber impulsado un expediente para que el titular de la licencia adoptase las medidas oportunas para adecuar su actividad a la normativa aplicable en ese momento y se continuase ejerciendo de acuerdo con la misma. No consta que esta actuación se haya llevado a efecto, ni por la empresa aún titular de la licencia ni por el futuro adquirente cuando lo sea, que debería conocer esta obligación y actuar en consecuencia.

Segundo.- Sobre la necesidad de establecer medidas provisionales para evitar la continuidad de las molestias derivadas de actividades.

Como se ha indicado en la exposición de hechos, tras la presentación de las denuncias por ruidos procedentes del aparato de aire acondicionado, fundamentadas en datos comprobados por la Policía Local, el Ayuntamiento procedió a requerir del interesado el ajuste de la actividad a las condiciones impuestas en la licencia y a incoar procedimiento sancionador, que se instruye básicamente conforme a lo establecido en la *Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común* y en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ello implica cumplir todos los trámites establecidos en esta normativa: iniciación, alegaciones, pruebas, propuesta de resolución, audiencia a los interesados, etc., proceso que dura un tiempo mas o menos largo (según el artículo 9 de este Reglamento, los procedimientos sancionadores deberán resolverse en el plazo máximo de seis meses, salvo que legalmente esté establecido otro plazo) durante el cual, si no se han establecido medidas cautelares adecuadas, se siguen produciendo las molestias que determinaron el inicio del procedimiento sancionador, con claro perjuicio para el ciudadano que las sufre y evidente beneficio del presunto infractor, que no adopta medidas correctoras durante ese plazo, lo que supone el mantenimiento de una situación claramente injusta.

El artículo 72 de la Ley 30/1992 establece la posibilidad de que el órgano administrativo competente para resolver adopte medidas provisionales cuya finalidad es evitar que la situación enjuiciada continúe produciendo sus efectos lesivos. Las sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982, 66/1984, 108/1984 o 22/1985, y su auto de 03/12/86, así como

otras muchas del Tribunal Supremo, coinciden en que la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su imposición, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un principio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23/10/00 señala que *“Los referidos preceptos legales y doctrina de la Sala que fueron ya invocados en la instancia consideran, ciertamente, que no tiene carácter sancionador -no es constitutiva de sanción- la suspensión por el Ayuntamiento del funcionamiento de establecimientos, instalaciones o servicios hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad. La identificación de la medida cautelar que incorporan dichos preceptos legales en cada supuesto y su diferenciación con lo que puede ser realmente la sanción de clausura o cierre temporal que incorporan el art. 38 del RAM o la correspondiente Ordenanza municipal, en este caso el art. 37.5 de la Ordenanza de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Logroño, no siempre resulta sencilla. No obstante, como criterios identificadores, cabe señalar los siguientes de concurrencia conjunta o acumulada. En primer lugar, para que pueda considerarse medida cautelar, el cierre del establecimiento o la suspensión del mismo debe quedar necesariamente supeditada a la corrección de los defectos o al cumplimiento de los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, de manera que observados éstos ha de levantarse la suspensión. En segundo lugar, los efectos o el riesgo para la sanidad, higiene o seguridad derivados del establecimiento o actividad de que se trate han de ser de suficiente entidad como para justificar una medida precautoria de suspensión, de forma que su adopción no resulte desproporcionada. Y, por último, la resolución administrativa que acuerda la suspensión provisional debe reflejar, de forma explícita o implícita, la naturaleza preventiva o la finalidad de evitación del daño”*. A estas consideraciones debe añadirse lo indicado por el Tribunal Constitucional en sentencia 108/1984, de 26 de noviembre cuando justifica *“la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería*

propriadamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

En el presente caso, en que las molestias al ciudadano que demanda el auxilio de esta Institución son producidas fundamentalmente por un aparato de acondicionamiento de aire, las medidas provisionales tal vez hubiesen debido venir referidas a una intervención sobre el mismo sujetando su funcionamiento a las normas que le afectan en materia de ruidos y humos, sin que sea preciso el cierre del establecimiento, medida excesiva a todas luces para evitar las molestias que produce uno de sus elementos.

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 efectuar al Ayuntamiento de Zaragoza las siguientes **SUGERENCIAS**:

Primera.- Que cuando compruebe, con motivo de transmisiones de licencias, inspección u otros trámites administrativos, que una actividad incumple alguno de los requisitos exigibles para funcionar conforme a las normas que le resultan aplicables, disponga lo oportuno para corregir esta situación mediante la imposición de las medidas que procedan según su naturaleza.

Segunda.- Que, en los expedientes sancionadores que instruya a causa de molestias que sufren los vecinos por el ejercicio irregular de actividades sujetas a licencia establezca las medidas provisionales que, de forma proporcional a los derechos e intereses afectados, eviten que una situación irregular continúe produciendo perjuicios hasta la resolución definitiva del expediente.

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

5 de Abril de 2004

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE