

Señora Alcaldesa Presidenta:

Nuevamente nos dirigimos a V.E. en relación al expediente de queja que se tramita en esta Institución con la referencia más arriba indicada (EQ 0158/2016), referente a las molestias ocasionadas por un gimnasio ubicado en la planta baja de un edificio residencial, a fin de comunicarle la siguiente:

Resolución del Diputado del Común sobre la falta de ejecución de un Decreto de Alcaldía que prohíbe el desarrollo de actividad hasta que disponga de la preceptiva licencia de apertura y ordena el precinto de la misma.

ANTECEDENTES

I.- Una ciudadana viene denunciando, desde el año 2005, las molestias que le ocasiona la actividad desarrollada en el Gimnasio "Global Gym", sito en la calle Hoya Cartaya, Nº 26, de ese Municipio, justo al lado de su vivienda.

Según la reclamante, los ruidos que hacen los aparatos y las pesas al caer al suelo, así como, el elevado nivel de la música, son insoportables y han hecho que la convivencia resulte del todo imposible, pues son constantes durante todo el día.

II.- A la vista de que esa Corporación no daba una respuesta a las reiteradas denuncias formuladas por los vecinos, ni una solución al problema, la reclamante solicitó la intervención de este Diputado en fecha 15 de febrero de 2016.

Tras admitir su queja a trámite, se pidió informe a esa Administración, teniendo que reiterar nuestra petición y formular el correspondiente Recordatorio del Deber Legal de Constestar a este Alto Comisionado.

III.- Finalmente, el 6 de octubre de 2016, ese Ayuntamiento nos remitió informe expresando, entre otras cuestiones, los siguientes extremos:

- El expediente ha sido informado favorablemente por el Cabildo Insular de Tenerife y, en base a dicho informe de calificación, se concedió licencia municipal para la instalación mediante Decreto nº 519/2014, de fecha 14 de febrero.

- En el informe de calificación se establecen las condiciones de funcionamiento (en él se observa que no fija un horario, pero si contempla la instalación de música, cuya emisión debe ajustarse a las limitaciones especificadas).

- A raíz de las denuncias vecinales, se efectuó visita de inspección por parte de la Policía Local constatándose los hechos, aunque sin poder medir el ruido por estar el sonómetro averiado.

- Con fecha 19 de diciembre de 2005 se presentó por el promotor de la actividad factura y documentación técnica relativa a la insonorización realizada en el local, la cual fue considerada correcta por el referido Cabildo. Sin embargo, la inspección de la instalación, a efectos de comprobar si ésta se ajusta a la documentación técnica aportada, sigue pendiente.

- Mediante Decreto nº 3029/2016, de 27 de noviembre, se prohibió al promotor el desarrollo de la actividad hasta que dispusiera de la preceptiva licencia de apertura y se ordenó el precinto de la misma, que fue llevado a cabo finalmente el 25 de abril de 2007 (tras solicitar autorización para la entrada al Juzgado de lo Contencioso

Administrativo, puesto que el interesado se opuso).

- No consta que se haya adoptado medida alguna, pese al informe jurídico relativo a la necesidad de colocar nuevamente el precinto e incoar expediente sancionador por ejercer una actividad clasificada sin licencia.

- Consta la continuación de la tramitación de la licencia de apertura, así como, remisión de documentación solicitada por la Fiscalía Provincial, que ha ordenado la apertura de diligencias preprocesales por la continuación del ejercicio de la actividad pese a la prohibición y el precinto practicado.

- No consta en el expediente que se haya dado respuesta por escrito a las denuncias presentadas por la reclamante, si bien se ha personado en repetidas ocasiones en el Ayuntamiento y se le ha informado puntualmente de los pasos dados.

- Con fecha 28 de marzo de 2016, el Concejal Delegado de Urbanismo firmó escrito dirigido al promotor del gimnasio, indicando que no puede ejercer la actividad hasta disponer de licencia de apertura y se le advierte de las consecuencias en caso contrario.

IV.- Habiendo dado traslado a la reclamante del informe recibido, ésta hizo alegaciones para manifestar que, actualmente, el gimnasio continuá funcionando y ocasionando múltiples molestias a los que allí residen, lo cual pusimos en conocimiento de esa Corporación y solicitamos nuevo informe, sin que, hasta ahora, hayamos recibido su respuesta.

A la vista de lo expuesto y tras analizar toda la documentación recabada al respecto, hemos estimado oportuno remitirle las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Competencias del Diputado del Común.

La Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común, dedica su Título II, Capítulo I, a las funciones de este Alto Comisionado.

Así, el artículo 16 establece que: *"El Diputado del Común, en cumplimiento de lo previsto en el Estatuto de la Autonomía de Canarias, realizará las siguientes funciones:*

a) Defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución, frente a la vulneración producida por acciones u omisiones de las administraciones públicas canarias.

b) Supervisión de la actividad de las administraciones públicas canarias, a la luz de lo dispuesto en los arts. 103.1 de la Constitución y 22.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias, con la finalidad establecida en el art. 1 de esta Ley."

c) (...).

d) (...).

Asimismo, por todo ello, y en uso de las facultades que le confiere el art. 37.1 de la referida Ley 7/2001, podemos expresar lo siguiente:

"El Diputado del Común, con ocasión de sus actividades, podrá formular a las autoridades y al personal al servicio de las administraciones públicas canarias o de los órganos y entidades reseñados en el artículo 17 de esta Ley, sugerencias,

advertencias, recomendaciones y recordatorios de sus deberes legales para la adopción de nuevas medidas.”

Segunda.- La protección de los derechos a la salud y al medio ambiente.

Nuestra Constitución (en adelante CE) proclama en sus artículos 43 y 45 los derechos a la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas, los cuales se configuran como principios rectores de la política social y económica, por lo que su reconocimiento, respeto y protección han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

A su vez, este tipo de injerencias afectan a la calidad de vida y a derechos, tales como, la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE), entre otros.

En cuyo caso, hemos de recordar que son los poderes públicos, quienes tienen la obligación de prevenir y controlar factores que puedan deteriorar el medio ambiente y reprimir las acciones que atentan contra él.

Tercera.- Competencia de los Municipios

Tal y como establece la Ley 7/2011, de 5 de abril, de Actividades Clasificadas y Espectáculos Públicos y otras medidas administrativas complementarias, en su art. 10, corresponde a los municipios, entre otras, *“El ejercicio de las potestades de comprobación, inspección, sanción, revisión y demás medidas de control que afecten a las actividades clasificadas y espectáculos públicos (...)”*.

A nuestro entender, ese Ayuntamiento no ha cumplido eficazmente con su obligación de control puesto que, tras prohibir su funcionamiento y precintar el local, no se hizo un seguimiento de la actividad (que continuó funcionando), no se adoptaron medidas y tampoco se incoó expediente sancionador por el ejercicio de actividad clasificada sin licencia.

Por tanto, podemos afirmar que, durante años, la reclamante y su familia han tenido que soportar una serie de molestias que perturban el normal desarrollo de su vida cotidiana y ver como sus derechos constitucionales son constantemente vulnerados, sin que se haya adoptado una solución eficaz y práctica para evitar esas injerencias.

Asimismo, la citada Ley dispone que al personal inspector le corresponden las siguientes actuaciones:

- a) Comprobar las instalaciones con carácter previo a su puesta en funcionamiento y, a la vista del resultado de la comprobación, las medidas que resulten procedentes en relación a su puesta en funcionamiento.
- b) Inspeccionar cualesquiera instalaciones y actividades sujetas a la presente Ley y, a la vista del resultado de la inspección, proponer cuantas medidas resulten, en su caso, procedentes en orden a verificar o garantizar su cumplimiento, restablecer las situaciones infringidas, sancionar las conductas tipificadas como infracciones.
- c) Realizar cualesquiera otras actuaciones que, en relación con la protección de la seguridad de los usuarios y de la legalidad de la actividad, le sean atribuidas legal o reglamentariamente.

A su vez, la Ley establece que, en su caso, el personal inspector podrá recabar auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la ejecución de sus cometidos.

Cuarta.- Falta de medios técnicos

Según su informe, la medición del nivel de ruidos no pudo efectuarse porque el sonómetro estaba estropeado.

En este sentido, debemos señalar que la medición es un medio de prueba fundamental en este tipo de reclamaciones, por lo que si no dispone de los medios técnicos suficientes para el correcto ejercicio de sus competencias, deberá recabar de otras administraciones públicas la colaboración necesaria para llevar a cabo su cometido, tal y como dispone la Ley 7/2011, de 5 de abril, de actividades clasificadas y espectáculos públicos y otras medidas administrativas complementarias en su art. 12.

Quinta.- Principios Rectores de la Administración.

El art. 9 de la CE determina que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

A su vez, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su art. 3: "*Las Administraciones Públicas deberán servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho*".

Y, en su actuación deberán respetar los siguientes principios generales:

- a) *Servicio efectivo a los ciudadanos.*
- b) *Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.*
- c) *Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.*
- d) *Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.*
- e) *Buena fe, confianza legítima y lealtad constitucional.*
- f) *Responsabilidad por la gestión pública.*
- g) *Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.*
- h) *Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.*
- i) *Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.*
- j) *Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.*
- k) *Cooperación, colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas.*

Estos principios aplicados al contenido de la queja se traducen en la convicción de las personas directamente afectadas, de que las reglas de convivencia vigentes van a ser respetadas por todos y, en caso contrario, será la propia Administración quien ponga en marcha los mecanismos necesarios para obligar a su cumplimiento.

Al mismo tiempo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPA), dispone en su artículo 20.1: "*Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio*

pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos”.

Es decir, que en todo caso, la actuación de la Administración Pública debe regirse en sus actuaciones por el criterio de eficacia y debe servir a los intereses de los ciudadanos, no debiendo repercutir las deficiencias de su actuación sobre los mismos, lesionando sus legítimos derechos.

Resulta inaceptable que, desde el año 2005 (año en el que comienzan las denuncias), ese local continúe funcionando, haciendo caso omiso a la prohibición, al precinto y a los requerimientos y advertencias efectuados por esa Corporación.

Es evidente que las actuaciones llevadas a cabo por esa Administración hasta ahora han sido insuficientes, por lo que es preciso una actuación más eficaz para corregir la situación.

Sexta.- Cumplimiento efectivo de los actos administrativos.

Sobra decir que, cuando un ciudadano emprende una batalla así, no pretende con ello obtener una resolución a la que enmarcar y colgar de una pared, sino que necesita satisfacer un derecho o interés legítimo, en este caso, su derecho al descanso y a la tranquilidad en su hogar, un derecho básico para el ser humano.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que los actos de las Administraciones Públicas sujetos a Derecho Administrativo son inmediatamente ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en dicha Ley (art. 98)

En el caso objeto de esta queja no parece que se den circunstancias que puedan evitar la ejecución inmediata de ese acto administrativo.

Por tanto, dado que el obligado no cumplió lo ordenado en el mencionado Decreto en el periodo voluntario y que el Ayuntamiento, hasta ahora, no ha esgrimido argumento alguno que justifique su falta de ejecución, debe procederse a su ejecución forzosa.

De lo contrario, se estará incurriendo en un incumplimiento del principio de eficacia de la actuación administrativa del art. 103.1 de la CE, previsto para el servicio de los intereses generales, por el cual se determina que los actos administrativos, salvo causa legal, nacen con vocación de inmediato cumplimiento y son ejecutivos.

En conclusión, la Administración no tiene capacidad de opción entre la ejecución de sus actos o la inexecución de los mismos, porque la ejecución es una obligación y una responsabilidad de las Administraciones Públicas.

Séptima.- Ejecución subsidiaria

El hecho de que el titular de la actividad objeto de las denuncias, no haya colaborado con esa Administración, y además haya continuado todo este tiempo ejerciendo la misma como si nada, demuestra el escaso interés que tiene en solucionar el problema y el poco respeto hacia esa Autoridad y el sufrimiento de los vecinos.

Es precisamente en estos incumplimientos en los que se esconde el verdadero peligro para nuestro sistema jurídico en general y para los derechos de los ciudadanos en particular, pues crece el descrédito institucional y la desconfianza en la Administración, que parece olvidar su obligación de hacer cumplir sus propias ordenes.

De ahí que la ejecución forzosa de los actos administrativos encuentre su justificación en la satisfacción adecuada de los intereses públicos, objetivo que debe considerarse irrenunciable.

La Ley regula este procedimiento por el cual la Administración Pública realiza el acto, a costa del obligado, entendiendo que deben darse una serie de requisitos esenciales como presupuesto para poder ejercer esa potestad administrativa y respetarse una serie de principios.

Todo indica que en este caso se cumplen los requisitos necesarios para que esa Administración inicie el procedimiento adecuado para imponer multas coercitivas, como primera medida y, en caso de que el obligado persista en su actitud, proceder a la ejecución subsidiaria de la orden dictada.

En virtud de las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.c), 36 y 37 de la Ley 7/2001, de 31 de julio del Diputado del Común, HE RESUELTO remitir a V.E. el siguiente

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES

- Cumplir con el deber legal de responder expresamente las solicitudes y peticiones que le hayan sido formuladas, de conformidad con los parámetros recogidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Y, al mismo tiempo, le formulo la siguiente **RECOMENDACIÓN**:

- Que incremente su esfuerzo por llevar a cabo una labor más eficaz de inspección y control de las actividades clasificadas, especialmente, si están instaladas en núcleos urbanos en los que coexisten con otros usos, como es el residencial, en el intento de una convivencia armoniosa.

- Que, en aras del principio de eficacia, haga un seguimiento de los expedientes, comprobando que se ha dado efectivo cumplimiento a lo ordenado por esa Administración.

- Que, previos trámites legales oportunos, bien con medios propios, bien ajenos, se proceda a dar cumplimiento del Decreto 3029/2006, de 27 de noviembre, por el que se prohíbe el desarrollo de la actividad hasta que disponga de la preceptiva licencia de apertura se ordena el precinto de la misma.

De conformidad con lo previsto en el art. 37.3 de la citada Ley 7/2001, deberá comunicar a este Comisionado Parlamentario si acepta o rechaza la presente Resolución del Diputado del Común, en término no superior al de un mes. En el caso de que acepte la Resolución, deberá comunicar las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma. En el caso contrario, deberá remitir informe motivado del rechazo de la Resolución del Diputado del Común.

Para su conocimiento, le comunico que esta Resolución será publicada en la página web institucional (www.diputadodelcomun.org), cuando se tenga constancia de su recepción por ese organismo.