
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso nº 248/1997. Sentencia de 27-12-1999

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

EJECUCIÓN SUBSIDIARIA.

Orden de cese actividad baile en casino.

Asociación privada: resultan aplicables normas de policía de espectáculos.

Actividad calificada: ruidos y vibraciones.

Carece de licencia de apertura: incumplimiento de requerimiento.

Ejecutividad del acto.

No existe desviación de poder.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Jesús María Arias Juana

En Zaragoza, a veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

En nombre de S.M. el Rey.

Es objeto de impugnación el Decreto de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento demandado de fecha 24 de diciembre de 1996, por el que se acordó proceder a la ejecución subsidiaria de la resolución de la Alcaldía de fecha 17 de noviembre de 1995, que acordaba requerir a la actora para que dejara de ejercer la actividad de baile que se desarrollaba en su sede, sita en la calle Coso nº ... de esta ciudad.

Procedimiento: Ordinario.

Cuantía: Indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha 21 de febrero de 1997, interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia.

SEGUNDO.— Previa la admisión a trámite del recurso, publicación de su interposición y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda, en la que tras relacionar la parte recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimaba aplicables concluía con el suplico de que se dictara sentencia por la que, con estimación del recurso, se anule el Decreto impugnado.

TERCERO.— La Administración demandada y la entidad codemandada, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacio-

nar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimaron aplicables, que se dictara sentencia por la que se declarase la inadmisibilidad del recurso y, subsidiariamente, su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.— Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta por las partes con el resultado que es de ver en autos, y tras evacuarse el trámite de conclusiones y quedar pendiente de señalamiento, se dictó providencia con fecha 21 de octubre de 1999, por la que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ, y el Acuerdo de la Comisión de La Sala de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia, en aplicación de aquélla, del 10 de diciembre de 1998, se acordó que, para el conocimiento y resolución del presente recurso, se constituyera la Sala exclusivamente con el Magistrado ponente, firme la cual se acordó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Se impugna en el presente proceso por la parte actora el Decreto de la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento demandado de fecha 24 de diciembre de 1996, por el que se acordó proceder a la ejecución subsidiaria de la resolución de la Alcaldía de fecha 17 de noviembre de 1995, que acordaba requerir a la actora para que dejara de ejercer la actividad de baile que se desarrollaba en su sede, sita en la calle Coso nº ... de esta ciudad.

SEGUNDO.— Entrando con carácter previo en el examen de la causa de inadmisibilidad que se invoca por la Administración demandada y por la coadyuvante, al amparo del artículo 82.c), en relación con el artículo 40.a) de la Ley Jurisdiccional, al tratarse el acto recurrido de simple ejecución de otro anterior, ha de señalarse que la misma no puede prosperar toda vez que, como tiene declarado el Tribunal Supremo —SS. 14 de julio de 1986 (Ar.5095) y 17 de mayo de 1993 (Ar.3490)— si bien no resulta admisible un recurso cuando lo que en él se impugna son actos de ejecución, ya que su validez está subordinada a la de otro acto administrativo anterior del que constituye simple aplicación por lo que la eficacia de las resoluciones ejecutivas depende de la principal, tal doctrina quiebra cuando el nuevo acuerdo incurre en motivos de infracción al ordenamiento jurídico independiente del acto original, y en el presente caso la recurrente pretende la nulidad de la resolución impugnada, no sólo con base a la nulidad de la resolución que viene a ejecutar, sino también por estimar que concurren en ella motivos de nulidad específicos independientes del acto objeto de ejecución. Además, este último acto no tenía la consideración de consentido y firme a que se refiere el artículo 40 de la Ley Jurisdiccional, toda vez que el mismo fue impugnado por la recurrente.

TERCERO.— Contra la citada resolución de la Alcaldía de fecha 17 de noviembre de 1995, se interpuso por la recurrente, primero, un recurso contencioso por el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamen-

tales de la persona, el cual concluyó con sentencia de esta Sala 7 de octubre de 1996 desestimatoria del mismo, y, posteriormente, un recurso por el procedimiento ordinario, que se ha seguido en esta Sala con el número 165/96-B y en el que recientemente, en concreto el 22 de octubre pasado, ha recaído sentencia, también desestimatoria, en la que se rechazan los motivos impugnatorios aducidos por la recurrente, por lo que han de reproducirse aquí los fundamentos que condujeron a considerar que la citada resolución de 17 de noviembre de 1995 es conforme a derecho, pues como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1993 “sentenciada ya la validez de la resolución principal también debe ser, al menos en principio, válida la resolución ejecutiva”:

«3.— Sostiene la parte actora la inaplicabilidad de la normativa urbanística prevista para las actividades públicas a una actividad asociativa privada, al tiempo que estima que se han omitido los trámites que garantizan el derecho a la defensa.

En cuanto a la primera de las alegaciones debe señalarse que la policía administrativa, en materia interventora en la actividad de los particulares, no queda excluida por tratarse de una asociación de carácter privado, aunque su actividad sea privada no significa que no pueda recaer sobre ella el control administrativo si se dan los requisitos para ello, y hará acto de presencia en aquellos casos en que sea necesaria una actuación interventora eficaz a fin de garantizar la seguridad de las personas y bienes.

La inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de Actividades Molestas se produce cuando la actividad —sin distinción de pública o privada—, sea calificada de molesta —en este caso— por ser una incomodidad por los ruidos y vibraciones que produzca. Así en el nomenclator aparece la actividad de “academias y salas de fiesta y baile”, siendo la actividad de baile la que fue objeto de la denuncia y que “en la actualidad constituye prácticamente la actividad primordial y de carácter masivo por lo que puede constituir una sala de baile” —folio 103 ex. ad.—. Del mismo modo resulta de aplicación tanto el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, que previene en su art. 1 su aplicación a los espectáculos, deportes, juegos, recreos y establecimientos destinados al público y a las demás actividades de análogas características, con independencia de que sean de titularidad pública o privada y de que se propongan o no finalidades lucrativas, como las normas urbanísticas propias del municipio y sus Ordenanzas, en particular la de Incendios.

4.— El expediente administrativo refleja que pese a haberse producido la actividad de baile, no consta la solicitud de licencia de apertura para la nueva actividad con los requisitos que se señalan en el RD 2816/1982, de 27 de agosto, Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas, y en el D 2414/1961, de 30 de noviembre Reglamento Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas ni tampoco se cumple el requerimiento de la Administración sobre la necesaria adaptación de las instalaciones.

Al momento de resolver la Administración, con estos antecedentes resolvió prohibir dicha actividad. El acto impugnado se dictó en función de la seguridad de los ciudadanos y de los bienes y por la razón del incumplimiento por parte de

los titulares de la actividad de los requerimientos de adaptación de las instalaciones a la normativa en vigor, dado que por una parte el funcionamiento de toda actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa requiere licencia municipal cuya expedición será competencia de los alcaldes de los municipios donde haya de ser ubicada, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento 30 noviembre 1961, y por otra, la intervención municipal tenderá a verificar si los locales e instalaciones reúnen las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad, condiciones de seguridad expresamente aludidas en el Reglamento de policía de espectáculos, y el cumplimiento de la Ordenanza de Prevención de Incendios.

El ejercicio por los particulares de sus actividades privadas está sujeto por razones de interés público a la obtención de previa licencia, de modo que el ejercicio sin cumplir los citados requerimientos, de la actividad privada incluida en el Reglamento de 30-11-61, obligan a adoptar, de plano y con efectividad inmediata, la medida cautelar de suspender o prohibir la actividad, con el fin de evitar situaciones de inseguridad para las personas y los bienes hasta que se atienda al cumplimiento de la normativa en vigor que garantice la inexistencia de infracciones o la adopción de las medidas necesarias para corregirlas, sin que esa medida cautelar de prohibición de actividad que desarrolla constituya una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración en cuyo ejercicio deben ser respetados los principios constitucionales a ser oído y a defenderse reconocidos en los núms. 1 y 2 del art. 24 de la Constitución, siendo además que, por requerimientos efectuados por el Ayuntamiento para la aportación de licencias y de adaptación de las instalaciones, haciendo las alegaciones que estimó oportunas, lo que conduce al rechazo de la alegación de indefensión».

CUARTO.— Alega la recurrente que el Decreto aquí impugnado vulnera el ordenamiento jurídico al haberse dictado sin mediar actuación, trámite o informe previo, y sin haberse practicado el apercibimiento previo a que se refiere el artículo 95 de la Ley 30/1992.

Tal motivo impugnatorio ha de ser rechazado toda vez que al dictarse el referido Decreto, la resolución de la Alcaldía de fecha 17 de noviembre de 1995 —cuya ejecución subsidiaria se dispuso en aquél— era ejecutiva, toda vez que la suspensión de su ejecutividad, que había sido acordada en el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona interpuesto por la actora a que se ha hecho alusión, quedó sin efecto al dictarse sentencia el 7 de octubre de 1996. Ciertamente, no figura en el expediente administrativo remitido copia de esta sentencia, ni informe acreditativo de que la recurrente, tras quedar sin efecto la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 17 de noviembre de 1995, no cumplió voluntariamente la misma, sin embargo es evidente, dado el contenido del Decreto impugnado, que ya se le había notificado la sentencia referida a la Administración demandada y consiguientemente que conocía que había quedado sin efecto la suspensión de la ejecutividad de aquella, y así mismo le constaba que, pese a ello, no se llegó a cumplir por la actora voluntariamente dicha resolución, y de hecho en momento alguno se ha negado por la recurrente tal incumplimiento. Y, por otro lado, frente a la alegada falta de

apercibimiento previo, ha de señalarse que en la repetida resolución de 17 de noviembre de 1995, en su apartado segundo, se acordó expresamente hacer la advertencia de que en caso de no proceder al cumplimiento voluntario de lo plasmado en el primer punto del Acuerdo se adoptarían las medidas oportunas para ejecutar subsidiariamente el mismo, incluido la clausura y precintaje del Casino Mercantil, sin que pueda estimarse en el presente caso trámite necesario un nuevo apercibimiento tras levantarse la suspensión referida.

QUINTO.— Entrando, por último, en la invocada desviación de poder, ha de tenerse presente que, como se recuerda en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 (Ar. 1600), con cita de otras anteriores, “en desviación de poder se incurre, tal y como acertadamente define el artículo 83.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se ejercitan potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico, fines que no es necesario que sean privados de interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que, aunque públicos, sean en todo caso diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre estos y los realmente perseguidos, así como que también tal irregularidad teleológica lleva implícito un importante problema, cual es el de su prueba, de todo punto necesaria y que pocas veces se logra de una manera directa ya que siendo preciso para su apreciación comparar dos fines, por un lado el general, en contemplación del cual el Ordenamiento Jurídico atribuye la potestad de la Administración y por otro, el que en concreto haya perseguido la misma al dictar el acto respecto del que se discute la legalidad, ello exige una indagación en el terreno psicológico que resulta de muy difícil prueba, por lo que habrá que acudir normalmente a las presunciones, medio de prueba que requiere que un hecho base esté completamente acreditado y que entre el mismo y el hecho consecuencia exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, tal como establecen los artículos 1248 y 1253 del Código Civil”. Y en el caso enjuiciado, lo actuado en el expediente administrativo y en el presente recurso, no permiten en modo alguno considerar probado, ni siquiera por presunciones, que por la Administración se haya buscado otra finalidad que la de impedir el ejercicio de una actividad para la que se carece de las oportunas licencias. Siendo aquí de citar la sentencia del Tribunal Supremo 4 de julio de 1995 en la que, tras recordar la reiterada doctrina jurisprudencial conforme a la cual ni el transcurso del tiempo, por dilatado que este sea, ni la tolerancia municipal, ni el pago de tributos, incluso municipales, pueden implicar la existencia de un acto tácito de otorgamiento de licencia, declara que la actividad ejercida sin licencia se conceptúa clandestina y como una situación irregular de duración indefinida que no legitima el transcurso del tiempo, pudiendo su cese ser acordado por la autoridad municipal en cualquier momento.

SEXTO.— Lo hasta ahora razonado conduce a la desestimación del recurso, sin que, por otro lado, se aprecien motivos que determinen un especial pronunciamiento en cuanto a costas.

FALLO

PRIMERO.— Se rechaza la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración demandada y por la coadyuvante.

SEGUNDO.— Se desestima el recurso contencioso-administrativo número 248 del año 1997, interpuesto por el C. M., I. A. Z., contra la resolución referida en el encabezamiento de la presente sentencia.

TERCERO.— No se hace especial pronunciamiento en cuanto a costas.

Así, por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronuncio, mando y firmo.