



Resolución del Ararteko, de 21 de diciembre de 2011, por la que se recomienda y recuerda al ayuntamiento de Beasain que ha de requerir a su titular la legalización de una actividad clandestina y adoptar medidas cautelares de protección de los vecinos afectados.

Antecedentes

1. Se recibió en esta institución un escrito de queja promovido por una vecina de Beasain en relación con las múltiples molestias que sigue padeciendo por el funcionamiento del bar (...) ubicado bajo su vivienda.
2. La actividad desarrollada en este establecimiento ya había sido objeto de queja ante esta institución con el nº de expediente 1379/2008/28, y la interesada se puso nuevamente en contacto con la Institución para manifestar que el estado de cosas no había variado sustancialmente, padeciendo ruidos, olores, etc...

El expediente anterior se cerró en la medida en que, según informó el Ayuntamiento de Beasain, se impuso a su titular la adopción de una serie de medidas correctoras dirigidas a evitar las molestias denunciadas y que supuestamente garantizaban que el problema se iba a resolver.

3. Aun así, antes de dar por concluida nuestra intervención se hizo notar al ayuntamiento de Beasain que, pese a la petición formulada expresa y reiteradamente en nuestros escritos, nunca llegaron a facilitarnos la copia de la licencia de actividad, ni el informe de calificación de dicho establecimiento, lo que impidió comprobar si la actividad en cuestión cumplía con las condiciones o medidas correctoras que se exigieron con carácter previo a su inicio.

En particular, el nivel de aislamiento acústico de que disponía el local en cuestión en relación con las viviendas más afectadas, 54 dB(A), se encontraba bastante alejado del que se exige a los bares con equipo musical -65 dB(A)-, además de que, según pudo constatarse, los niveles obtenidos sobre los ruidos de impacto también superaban con creces los máximos permitidos.

4. Con motivo de la apertura de un nuevo expediente y tras ponernos en contacto con las técnicas del Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Diputación Foral de Gipuzkoa, hemos podido conocer que las mediciones de ruido efectuadas por el Ayuntamiento, lo fueron al margen del expediente de actividad clasificada, puesto que ésta carece de licencia, y no consta, salvo error u omisión, que se haya efectuado un requerimiento para la legalización de la actividad, tal y como prescribe el art 65 de la Ley 3/98, de 27 de febrero, general de Protección del Medio ambiente del País vasco, todo





ello pese a las múltiples quejas de los vecinos y los requerimientos efectuados al respecto por esta Institución.

5. El Ayuntamiento de Beasain no ha remitido la información solicitada al respecto en la tramitación del nuevo expediente de queja.

A la vista de esta información, así como de las demás circunstancias alegadas por los promotores de la queja, y tras analizar sus contenidos, me permito trasladarle las siguientes

Consideraciones

- 1º La licencia de actividad es una licencia de ordenación, o de tracto sucesivo, es decir, el control por parte de las autoridades locales de la adecuación de las actividades clasificadas a la normativa medio-ambiental no se consume en el acto de concesión de la licencia, sino que exige un control e inspección periódicos del cumplimiento de las medidas correctoras impuestas que, desgraciadamente y con demasiada frecuencia, no se produce.
- 2º Por otro lado, la exigencia de licencia, que es una competencia del Alcalde, así como la inspección y control, en aquellas actividades en las que así se ha establecido, no se puede evitar mediante la alegación del conocimiento del ejercicio de la actividad por parte de la Administración pública, incluso mediando el pago de la correspondiente tasa. El principio de confianza legítima, no cubre los supuestos en los cuales una actividad se realiza sin licencia, aunque exista un conocimiento y una cierta tolerancia del ayuntamiento con la realización de esta actividad (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril, Ar. 4404, y de 27 de mayo de 2002, Ar. 4714. En el mismo sentido STS de 8 de julio de 2002, Ar. 7277)

Así mismo, que la actividad sea tolerada no significa que deba posteriormente legalizarse, aunque sí se exige que la clausura de estas actividades sin licencia se realice mediando audiencia previa del interesado. (STS de 28 de febrero de 2002, Ar. 1637)

3. En este caso llama poderosamente la atención el hecho de que por parte del Ayuntamiento de Beasain no se haya requerido al titular de la actividad para que inicie el procedimiento de legalización, y más aun que entre tanto se permita su funcionamiento sin la eliminación de aquellos elementos que causan molestias a los vecinos, a fin de salvaguardar sus derechos.

Ante actividades que carecen de la preceptiva licencia municipal, la institución del Ararteko ha adoptado como suyo el criterio mantenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de reputar como clandestinas las actividades sin licencia, considerando ajustada a Derecho su clausura por parte





de la autoridad municipal, como medida cautelar, mientras no se legalice la actividad conforme al procedimiento establecido en la Ley 3/98 de protección del medio ambiente. Así por todas cabe destacar las sentencias del Tribunal Supremo del 10 de julio de 1988 (Ar 4195), 5 de noviembre de 1996(RJ1996/8271) y 26 de junio de 1998(RJ 1998/6947).

En efecto, el art. 65 de la ley 3/1998 de 27 de febrero, General de Medio Ambiente, de aplicación en el presente caso, ofrece la posibilidad de clausurar la actividad, si las circunstancias lo aconsejaren, previa audiencia del interesado.

Además, el artículo 105 de la misma ley determina la adopción excepcional de medidas cautelares en el siguiente sentido:

"Excepcionalmente, y con carácter previo a la incoación de expediente sancionador, las Administraciones Públicas podrán adoptar o imponer al presunto responsable de cualquiera de los hechos tipificados como infracciones en la presente ley la adopción de las siguientes medidas cautelares que no tendrán carácter sancionador:

- a) suspensión de obras o actividades.*
- b) Precintado de aparatos, equipos o vehículos.*
- c) Cualquier otra medida de corrección, seguridad o control que impida la extensión del daño ambiental."*

4º No debería hacer falta recordar a estas alturas que el funcionamiento de actividades hosteleras como la que nos ocupa puede afectar y afecta a la calidad de vida de las personas que viven en las inmediaciones de esos locales, y que la contaminación sonora en particular tiene incidencia directa en los derechos fundamentales que reconocen el artículo 15 y los apartados 1 y 2 del artículo 18 de la Constitución (RCL 1978, 2836) en la interpretación que de ellos ha hecho el Tribunal Constitucional, en particular en su Sentencia 119/2001 (RTC 2001, 119) y, luego, en la 16/2004 (RTC 2004, 16), conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) a partir de su Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra el Reino de España) (TEDH 1994, 3), seguida en las posteriores de 19 de febrero de 1998, (caso Guerra y otros contra Italia) (TEDH 1998, 2) y en la de 8 de julio de 2003 (caso Hatton y otros contra Reino Unido) (TEDH 2003, 40) .

En este sentido, los ayuntamientos deben garantizar que las actividades cuyo funcionamiento han autorizado, y con más razón las que no han autorizado, se ajusten a las restricciones y medidas correctoras impuestas a la actividad en la licencia de instalación y si ello exige la adopción de medidas sancionadoras para remover conductas o actitudes poco respetuosas con el descanso y un



medio ambiente de calidad para la ciudadanía, el ordenamiento jurídico vigente ofrece suficientes vías para proteger el interés general de los ciudadanos.

Desde este punto de vista, conviene recordar que la inactividad de las Administraciones competentes en materia de control de las actividades clasificadas puede derivar, entre otras, en responsabilidades de carácter administrativo e incluso penal.

En el ámbito administrativo con la obligación impuesta a los ayuntamientos de indemnizar los daños y perjuicios causados a los vecinos por el exceso de ruido procedente de locales de ocio, cuando ha quedado acreditada la incapacidad municipal para lograr el cumplimiento de las normas sobre emisiones acústicas y horarios de apertura y cierre de los establecimientos. (Sentencia TS –Sala 3ª, de 2 de Junio de 2008, rec. 10130/2003, en la que se condena a un Ayuntamiento a indemnizar a cada uno de los recurrentes por los daños soportados desde el 16 de Junio de 2003, con la cantidad de 156.260 Euros).

Vulneraciones que son imputables a los poderes públicos que con su acción u omisión han dado lugar o no han impedido esa contaminación.

En el ámbito penal, porque acreditada la inactividad municipal, el art. 329 del vigente código penal [Prevaricación de funcionario] prevé que:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses.”

El daño que genera la inactividad de las administraciones en el ejercicio de sus competencias está constituido además por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota. (En tal sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Mayo de 2.001)”.

En base a todo lo expuesto y de conformidad con lo preceptuado en el art. 11.b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente



RECOMENDACIÓN 55/2011, de 21 de diciembre, al Ayuntamiento de Beasain.

Que en virtud del art. 65 de la Ley 3/98 de protección del medio ambiente del País Vasco y sin perjuicio de las sanciones que procedan, se requiera al titular del bar (...) para que legalice la actividad, concediéndole al efecto un plazo que no podrá exceder de seis meses.

Que en tanto dure el proceso de legalización y previa audiencia del interesado, se proceda a la clausura de la actividad, o subsidiariamente, al precintado o retirada de los elementos que causen molestias a los vecinos, (equipos audiovisuales, cocina, etc...) a fin de salvaguardar los derechos de los denunciantes.

