



RESOLUCIÓN 2018R-2972-17 del Ararteko, de 26 de noviembre de 2018, que recomienda al Ayuntamiento de Bergara que legalice la actividad de un establecimiento de hostelería de la localidad.

Antecedentes

1. Unos vecinos de Bergara denuncian la falta de intervención municipal para corregir las irregularidades derivadas de un establecimiento de hostelería, ubicado en las inmediaciones de sus viviendas.

En concreto, ponen de manifiesto los graves perjuicios que padecen por el elevado volumen de la música del local así como por el reiterado incumplimiento de su horario de cierre. También hacen referencia al irregular funcionamiento de la terraza instalada en su exterior. Con el fin de encontrar una solución al grave problema que padecen, aseguran que han presentado reiteradas reclamaciones ante el Ayuntamiento de Bergara y han mantenido diversos contactos con los responsables municipales, sin que se hubiesen adoptado medidas para evitar los perjuicios provocados. Además, inciden que al carecer de servicio de policía municipal en horario nocturno, no se realiza ningún tipo de intervención sobre este establecimiento, ni sobre las graves molestias que provocan la gente que se reúne en sus inmediaciones.

2. Admitida a trámite la reclamación, el Ararteko se ha dirigido al Ayuntamiento de Bergara para comprobar la situación administrativa y urbanística de la citada actividad. Asimismo, se interesó por el seguimiento municipal ejercido para impedir las molestias de ruido producidas.
3. En respuesta a la solicitud realizada, el Ayuntamiento de Bergara ha remitido el informe municipal que se transcribe a continuación:

"1.-Las quejas y denuncias relativas a la actividad hostelera del bar (...) comienzan en los años 90. Esas quejas fueron en un principio individuales, de aquellos vecinos más próximos al foco de actividad.

En Julio de 2017 el Ayuntamiento recibe un escrito de la Comunidad de vecinos en el que ésta incide en la misma problemática anteriormente denunciada por esos vecinos, pero aludiendo a un problema global en esa zona.

Ante la colectivización de la demanda, el ayuntamiento adapta su gestión a las necesidades manifestadas y se reúne con los representantes de la comunidad el 20/07/2017 y con los hosteleros implicados una semana más tarde.

Así se recaba información de ambas partes, se pone en común y tanto en lo referente a los horarios de actividad como de colocación de terrazas, indicándoles que trasladará verbalmente a la Ertzaintza solicitud de un incremento de la vigilancia y control de la zona.





Los hosteleros adquieren el compromiso de ser más cuidadosos, pero también aluden a que buena parte del problema no se debe a sus locales sino a la acumulación de jóvenes en la vía pública, lo que genera un ruido importante.

Es verdad que en las calles afectadas se ha localizado la presencia de jóvenes a altas horas de la noche. El "ambiente" se ha trasladado de otras zonas de nuestra localidad a esa área.

En estos contactos con ambas partes, el ayuntamiento mostró desde el inicio su voluntad de buscar puntos de encuentro, que respetando la normativa en vigor, permitieran acomodar los intereses de ambas partes.

Durante el otoño la situación pareció mejorar, ya que las informaciones que se recibían de la Ertzaintza así lo indicaban. Ello no evitó que ante un incumplimiento leve del horario se abriera un expediente sancionador a este establecimiento.

Esta percepción positiva chocó con un nuevo escrito de la Comunidad, insistiendo en que los hechos y situaciones denunciados en julio se mantenían.

Tras nuevas reuniones con las partes (14/12/2017) el Ayuntamiento trasladó a la Ertzaintza un Plan de Control de Horarios muy exhaustivo para todo el periodo navideño (se adjunta como documento 1). Este plan se puso en conocimiento de vecinos y hosteleros, quedando con ambas partes en hacer reuniones de evaluación en enero.

Tras ejecutar el Plan de Control, la Ertzaintza remitió un informe (se adjunta como documento 2) en el que se recoge que no se ha detectado incumplimiento por parte de ninguno de los establecimientos del área.

Pese a ello, en la reunión con los vecinos del 26/01/2018 éstos seguían trasladando su malestar, insistiendo en la necesidad de continuar con ese control. Así, y tras otra reunión con los hosteleros, se han tomado las siguientes medidas:

1- Trasladar a la Ertzaintza que controle los horarios de cierre de terrazas y establecimientos de todo Bergara dos veces al mes, de un modo aleatorio, durante todo el año 2018 (se adjunta como documento 3).

2- Acordar con los bares denunciados por los vecinos la retirada de bancos instalados por los bares, el cubrimiento o atado de los elementos de terraza para evitar que sean usados una vez cerrada ésta al servicio, revisión de elementos de cierre automáticos de puertas.



3- Solicitar a los hosteleros una propuesta de calendario de funcionamiento que conlleve un adelanto de la hora de cierre los jueves, día considerado clave de la situación por los vecinos.

2.- La Comisión Municipal de Gobierno concedió a doña (...) el 15 de mayo de 1986 licencia de apertura para casa de comidas. Más adelante solicitó licencia de apertura de bar y la Comisión Municipal de Gobierno acordó el 13 de enero de 1987 responderle que ha de tramitar el expediente AMINP, pero no hay constancia en los archivos de que se haya tramitado.

No obstante, ha funcionado y funciona como bar, si bien no se puede especificar desde que fecha.

Tiene licencia para instalación de terraza.

3.- El Ayuntamiento de Bergara no dispone de servicio de la Policía Municipal por las noches, salvo en días festivos locales en los cuales sí se dispone de este servicio. Tampoco tiene suscrito convenio con la Ertzaintza, pero si ha solicitado a la misma unas veces de forma oral y otras por escrito la realización de un control de los bares, y el Ayuntamiento ha recibido la ayuda solicitada con la celeridad necesaria.

4.- El Ayuntamiento no ha realizado controles de los equipos sonoros.

5.- Siempre que se ha recibido una denuncia de algún vecino por incumplimiento del horario de cierre y la misma se ha podido ratificar con un informe de la Ertzaintza, se ha incoado expediente sancionador y se ha sancionado.

También se ha actuado de la misma forma cuando ha habido informe de la Policía Municipal. Los expedientes que se le han incoado han sido por incumplimiento de horario de cierre.

6.- Este Ayuntamiento quiere dejar patente su voluntad de dar solución a esta situación, situación que no ha surgido en este momento, buscando en principio soluciones acordadas con las partes, y para ello no hemos dudado en mantener y fomentar contactos y reuniones con todas las partes; pero sin renunciar por supuesto a ejecutar las medidas de vigilancia, control y sanción que se pudiera derivar del incumplimiento de la normativa en vigor".

4. Los reclamantes, por el contrario, persisten en denunciar las graves molestias provocadas por la actividad. Además muestran su desacuerdo con las medidas municipales adoptadas por entender que resultan insuficientes dado que las mismas no han servido para corregir la grave incidencia acústica producida en la zona.



A la vista de estos antecedentes expuestos, me permito trasladarle las siguientes

Consideraciones

- 1- El principal objeto de la queja consiste en analizar las actuaciones ejercidas por el Ayuntamiento de Bergara ante las irregularidades derivadas de la actividad y ante la incidencia acústica producida en las inmediaciones de la actividad.

A la vista de lo anteriormente expuesto, queda constatado que el control administrativo ejercido ha estado dirigido a la prevención de conflictos vecinales, con el fin de minimizar el impacto de la actividad en el entorno y las molestias a las personas. También se han ejercido seguimientos puntuales para controlar el horario de cierre de los establecimientos de hostelería.

Sin embargo, no se observa intervención alguna para exigir la adecuación de la actividad a la normativa ambiental. Es por ello, por lo que de los datos facilitados se deduce que la actividad ha continuado funcionando durante todos estos años de manera irregular, sin que se haya regularizado debidamente, y sin que haya cumplido con las exigencias técnicas y de seguridad necesarias. Tampoco se ha realizado comprobación alguna para medir los excesos sonoros provenientes de la actividad, ni la incidencia acústica producida por la concentración de personas en el exterior del local.

- 2- La obligación de las administraciones públicas de intervenir para el control y adecuación a la legalidad ambiental de las actividades clasificadas, no es una mera cuestión facultativa, sino que supone el ejercicio de las potestades públicas que el ordenamiento jurídico les atribuye, en defensa del interés general y para garantizar el cumplimiento de los deberes que derivan de la legislación.
- 3- 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 continuos del cumplimiento de las medidas correctoras impuestas que, desgraciadamente, y con demasiada frecuencia, no se produce.
- 4- La exigencia de licencia es una competencia del ayuntamiento, así como la inspección y control en aquellas actividades en las que así se ha establecido, por lo que 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).



Asimismo, 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).

- 5- Ante actividades que carecen de la preceptiva licencia municipal, el Ararteko ha adoptado como suyo el criterio mantenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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 normativa medioambiental, en la Ley 3/1998 de protección del medio ambiente. Así por todas, cabe destacar las sentencias del Tribunal Supremo del 10 de julio de 1988 (Ar 4195), y 26 de junio de 1998(RJ 1998/6947).

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

- 6- Además, el artículo 105 de la misma ley determina la adopción excepcional de medidas cautelares para evitar las molestias ocasionadas. En concreto, indica que:

"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".

- 1- En sentido más estricto se pronuncia la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas del País Vasco, en la que en su artículo 39, establece que en los casos en que el promotor de la actividad se niegue a adoptar las medidas exigidas, no cumpla con la obligación de reparar los daños ocasionados por no presentar la documentación técnica requerida o incluso, en caso de inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial de cualquier dato, los ayuntamientos pueden impedir el ejercicio de la actividad afectada, desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.
- 2- A la vista de lo hasta aquí expuesto, sorprende al Ararteko que, a pesar de las reiteradas reclamaciones presentadas durante años por la vecindad afectada, el Ayuntamiento de Bergara no haya requerido al titular de la actividad que iniciara el procedimiento de legalización, sino que ha permitido su funcionamiento irregular



sin la eliminación de aquellos elementos que causan molestias a terceros, con el fin de salvaguardar sus derechos.

- 3- En los informes municipales recibidos queda constatado que ha autorizado el uso de terraza, aun cuando la Ordenanza Municipal Reguladora de instalación de terrazas en vía pública publicada en el BOG con fecha del 9 de noviembre del 2009, en su artículo 1, fija como requisito previo para permitir este tipo de instalaciones la legalización de la actividad.
- 4- Asimismo, cabe destacar que esta actividad tampoco podrá disponer de equipos sonoros sin obtener la autorización precisa que permita su uso. Para ello, será necesario garantizar que el local dispone de las condiciones acústicas necesarias, y que el volumen sonoro producido por estos equipos en ningún caso supere los máximos de inmisión previstos por la normativa ambiental.

Con el fin de impedir que los equipos autorizados funcionen a volumen superior al permitido, se ha de precisar que la instalación de los limitadores de potencia en los equipos sonoros previamente autorizados es una medida de obligado cumplimiento. Además, es exigible un adecuado control y verificación de los limitadores para evitar cualquier eventual manipulación y sustitución.

- 5- Las actividades debidamente legalizadas, si bien no parece que ocurre en el presente caso, deben cumplir los horarios de cierre establecidos en el Decreto 296/1997, de 16 de diciembre, por el que se establecen los horarios de los espectáculos públicos y actividades recreativas y otros aspectos relativos a estas actividades en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus posteriores modificaciones.

A su vez, con el fin evitar ruidos excesivos procedentes del exterior de estos locales, dicho decreto en su artículo 10 determina que, sin perjuicio de limitaciones superiores que pudiera introducir cada ayuntamiento en sus ordenanzas municipales y en las licencias debidamente concedidas para terrazas o similares, queda prohibida la consumición de bebidas en el exterior de los locales a partir de las 22:00 horas.

Sin embargo, no se observa intervención alguna en ese sentido.

- 6- Tampoco se aprecia seguimiento alguno para comprobar que se respetan los objetivos de calidad acústica para ruido aplicables en áreas urbanizadas, así como en el espacio interior habitable de edificaciones destinadas a viviendas, usos residenciales, previstos en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, de Ruido, como en el Decreto de 213/2012, 16 de octubre, de Contaminación acústica de la Comunidad Autónoma Vasca. (Anexo I).



- 7- La falta de medios técnicos en ningún caso puede servir como argumento para eludir la intervención administrativa ante los excesos sonoros producidos. En caso de que el Ayuntamiento de Bergara no dispusiera de los medios técnicos necesarios para medir la incidencia en el entorno del foco emisor y, cuando sea preciso, en el domicilio de las personas afectadas, bien podrá resultar que el propio servicio técnico municipal constituya alguna unidad técnica de carácter puntual o temporal o bien podrá delegar el control del ruido a empresas colaboradoras para con el fin de obtener una valoración técnica suficiente. También, puede solicitar expresamente la colaboración de los servicios técnicos de la Diputación Foral de Gipuzkoa o de la Ertzaintza, para que sean sus servicios quienes comprueben los ruidos denunciados, conforme se realizó con el horario de cierre de estos locales. Si bien corresponde a las entidades locales la adopción de medidas que cohonesten el funcionamiento de actividad hostelera con la prevención de las molestias o perjuicios que la fuente sonora está produciendo en los intereses legítimos de terceros.
- 8- No hace falta recordar a estas alturas, que las irregularidades derivadas de estos locales pueden afectar y afectan a la calidad de vida de las personas que viven en las inmediaciones de esos locales, y que las inmisiones acústicas molestas en el domicilio pueden suponer una contravención de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. En concreto, puede afectar al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), a la intimidad personal y familiar (art.18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art.18.2). (RCL 1978, 2836), según la interpretación que de ellos ha realizado el Tribunal Constitucional, en particular en su Sentencia 119/2001 (RTC 2001, 119).

En el mismo sentido, se ha pronunciado también el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 16 de noviembre de 2004 (Asunto Moreno Gómez c. España), que ha considerado –en un supuesto en el que una administración municipal había tolerado el reiterado incumplimiento de la normativa de ruidos– una vulneración del derecho de las personas al respeto de su domicilio y de su vida privada, infringiendo así el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Es por ello por lo que los ayuntamientos deben garantizar que las actividades cuyo funcionamiento han autorizado, y con más razón las que no han autorizado, se ajusten a las medidas de corrección y de adaptación que sean necesarias para evitar que dichos derechos no se lesionen.

- 9- Es necesario tener presente que la inactividad e inacción en el ejercicio de control y cumplimiento de la normativa ambiental puede dar a lugar a responsabilidades, no sólo a los promotores de la actividad, sino también a la propia administración.

En este sentido, cabe traer a colación la sentencia del 16 de enero del 2018, (Asunto Cuenca Zarsoso V, España, EDJ) en el que reitera doctrina establecida en la sentencia del TDHE de 16 de noviembre de 2004, confirma que el Reino de



España comete violación de Artículo 8 de Convenio sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario y condena al ayuntamiento responsable a pagar al vecino afectado más de 13.000 euros, tras constatar que, pese a conocer la superación continuada por parte de los emisores acuáticos de los valores límite de inmisión sobre contaminación acústica, no ha ejercitado sus potestades administrativas para evitar los graves efectos del ruido sobre el demandante.

Además, dicha sentencia añade *“que la normativa para proteger los derechos garantizados sirve de poco sino se ejecutan apropiadamente y el tribunal insiste en que el convenio trata de proteger derechos efectivos y no teóricos.”*. Para concluir insiste que *“la existencia de un procedimiento sancionador no es suficiente sino se aplica de una manera eficaz y oportuna”*.

Por ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11b) de la ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, el Ararteko eleva al Ayuntamiento de Bergara la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que en virtud del art. 65 de la Ley 3/98 de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, 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 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, terraza etc.), con el fin de salvaguardar los derechos de los denunciantes.

Además, el Ayuntamiento de Bergara debe ejercer los controles oportunos para garantizar el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica para ruido aplicables en áreas urbanizadas, así como en el espacio interior habitable de edificaciones destinadas a viviendas, usos residenciales previstos en la normativa de ruido.

