



Resolución del Ararteko de 18 de junio de 2012, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Tolosa que adopte las medidas oportunas para evitar las molestias provocadas por la sociedad gastronómica (...) y que requiera a esta actividad el cumplimiento de la legalidad medioambiental.

Antecedentes

1. Una vecina de Tolosa denuncia ante esta institución las supuestas irregularidades derivadas de la actividad de una sociedad deportiva y gastronómica situada en el bajo del edificio donde reside.

En concreto, denuncia que el local no tiene ningún tipo de insonorización de forma que las vibraciones y los ruidos de impacto que produce resultan insoportables.

Además, señala que la salida de humos está a escasa distancia de su vivienda, por lo que resulta imposible abrir la ventana.

Finalmente, nos indica que se produce un incumplimiento sistemático del horario de cierre.

2. A tenor de las consideraciones trasladadas por el promotor de la queja, la institución del Ararteko decide dar trámite al expediente de queja referencia 358/2012/47 y solicitar información al Ayuntamiento de Tolosa, para conocer entre otros aspectos, las medidas correctoras impuestas al establecimiento, así como el aislamiento acústico del local.

Con fecha de 5 de marzo de 2012 se lleva a cabo una primera petición de información, de la que se obtiene respuesta el 22 de marzo de 2012. La comunicación consta únicamente de dos documentos en los que de forma escueta se indica que la sociedad gastronómica goza de la preceptiva licencia de apertura y que no se ha incoado expediente sancionador alguno.

A la vista de la información remitida entendimos que no podía considerarse satisfecha la solicitud realizada con la información aportada. De ahí que se llevó a cabo una segunda petición de información en los mismos términos que la primera.

Con fecha de 26 de abril de 2012, tiene entrada en el registro de esta institución, nuevo escrito del Ayuntamiento de Tolosa. En los documentos obrantes en la contestación se encuentra la licencia de actividad, licencia de apertura y la imposición de medidas correctoras.





Sin embargo, nada se decía acerca del preceptivo certificado de aislamiento acústico del local y de las mediciones acústicas que se hubieran llevado a cabo.

Finalmente, con fecha de 24 de mayo de 2012 tiene entrada en esta institución proyecto de legalización de la actividad fechado el mes de julio de 2006, certificado de insonorización de 18 de abril de 1991 e informe efectuado por el ingeniero municipal sobre medición acústica.

Consideraciones

1. A la vista de los datos de que disponemos es preciso destacar que el objeto de nuestra intervención hace referencia a la falta de actuación del Ayuntamiento de Tolosa en la prevención de las molestias derivadas del funcionamiento de la actividad y la garantía del cumplimiento de las medidas correctoras que le habían sido impuestas para prevenir molestias a terceros.

La protección del medio ambiente no se agota en la reparación de los daños producidos, sino que debe comprender la conservación de los elementos que lo componen. Por ello, se ha de tener presente que 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.

2. Así, son varios los aspectos que han de abordarse.

En primer lugar, según hemos constatado en el apartado 3 del proyecto de legalización de la actividad de julio de 2006, el proyecto encuentra su base en el cumplimiento de las exigencias del Decreto 165/1999, de 9 de marzo. Así, se entienden cumplidas las exigencias recogidas en el Anexo IV de la misma.

Si bien, puede entenderse que, en inicio, se configurara como una sociedad deportiva, en la actualidad, además de llevarse a cabo una finalidad asociativa-cultural, se utiliza fundamentalmente como una sociedad gastronómica. De hecho, es así como el Ayuntamiento de Tolosa se refiere al mismo.

En este sentido, esta institución se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el tratamiento jurídico que ha de otorgarse a los txokos o sociedades gastronómicas. Así, se defiende que estas actividades han de estar sujetas a calificación.

El Decreto 171/1985, de 11 de junio, reconoce que se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la norma, los txokos y las sociedades culturales y recreativas, bajo el epígrafe de bares y restaurantes. Puede afirmarse, por lo tanto, que los propios redactores del Decreto son





quienes han mostrado la voluntad de someter los txokos y sociedades culturales y recreativas a las restricciones y limitaciones de funcionamiento de las actividades de hostelería, ocio y tiempo libre, y particularmente de los bares y restaurantes.

Es más, a lo largo del articulado del Decreto 165/1999, de 9 de marzo no se encuentra mención alguna a los txokos o sociedades gastronómicas.

De ahí que podamos concluir que las sociedades gastronómicas se encuentran sujetas al régimen de actividades clasificadas y no al Decreto 165/1999, como se tuvo en cuenta en el caso abordado en la presente recomendación.

3. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la sociedad gastronómica viene ejerciendo su actividad en el citado local desde el año 1978, sin que nos conste informe de legalización de la actividad alguno hasta el año 2006.

Concretamente, el apartado 7 del proyecto de legalización de la actividad recoge que *"Con fecha de octubre de 1990, se efectuó medición de aislamiento acústico con resultado de aislamiento global de 51,33 dB(A)."*

Hasta la fecha no nos consta medición acústica distinta a la realizada en el año 1990.

Así las cosas, con el debido respeto, no puede admitirse que ante las quejas formuladas por distintos vecinos, con posterioridad y fundamentalmente en el momento de legalización de la actividad, previo al otorgamiento de la licencia de apertura, no se haya garantizado el nivel de aislamiento del local. Máxime cuando las medidas correctoras impuestas por Decreto 02071/2008, de 20 de noviembre, vienen a establecer un aislamiento acústico del local de al menos 65 dB(A)

Por lo tanto, y salvo prueba en contrario, no ha quedado suficientemente acreditado que el aislamiento acústico del local resulta suficiente, dando lugar al incumplimiento de la medida correctora impuesta.

4. Además, de conformidad con el informe emitido por el encargado de elaborar el proyecto de legalización de la actividad se constata la imposibilidad de construir una chimenea, así se opta por evacuar los humos como lo venían haciendo.

En este sentido, el Decreto 171/1985, de 11 de junio en su artículo 3.1.2 del Capítulo 1, Sección 1ª, establece que, en *"las actividades con cocina, freidora, plancha, asador etc. la ventilación y evacuación de humos y gases se efectuarán a través de conducto exclusivo, empleando los oportunos sistemas de captación y expulsión, conduciéndolos a una altura de dos metros por encima del alero de la edificación y siempre sin producir molestias de olores o ruidos y vibraciones"*





Aspecto éste que no se cumple en el presente caso.

5. Por todo ello, esta institución quiere recordar que las licencias de actividad generan un vínculo permanente encaminado a la protección del interés público, frente a las posibles contingencias que pudieran ir apareciendo en el ejercicio de la actividad autorizada.

En este sentido, debe quedar claro que la actividad ha de entenderse sometida a la condición implícita de tener que ajustarse siempre a las exigencias del interés público.

Estas exigencias facultan a la Administración para que, con la adecuada proporcionalidad, pueda intervenir en la actividad autorizada imponiendo a quienes ejerzan, incluso de oficio, las medidas de corrección y de adaptación que resulten necesarias para garantizar el correcto funcionamiento de la actividad o, en último término, la revocación de la autorización concedida cuando todas las posibilidades de adaptación a las exigencias de interés público hayan quedado agotadas, ya que, de lo contrario, sería hacer dejación de sus preeminentes deberes de vigilancia, seguridad, convivencia y orden público.

6. Resulta evidente que este tipo de establecimientos, si su actividad no se somete a una regulación técnico-jurídica adecuada, pueden provocar y de hecho, provocan, un grave conflicto entre intereses particulares de los titulares de los locales a ejercer su negocio y el interés general, identificado con el derecho a la intimidad de cuantos vecinos residen en las proximidades de estos establecimientos.
7. Con el fin de evitar situaciones como las relatadas en los antecedentes de esta recomendación la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección de Medio Ambiente del País Vasco, en su artículo 64 faculta al alcalde o alcaldesa, con carácter preventivo, para paralizar cualquier actividad en fase de construcción o explotación total o parcialmente por el incumplimiento o transgresión de las condiciones ambientales impuestas para la ejecución del proyecto o cuando existan temores fundados de daños graves e irreversibles al medio ambiente o peligro inmediato para personas o bienes, en tanto no desaparezcan las circunstancias determinantes, pudiendo adoptar las medidas necesarias para valorar o reducir riesgos.
8. En el caso que nos ocupa, no se observa actuación alguna en este sentido. De los datos de que disponemos se deduce, por un lado, la resistencia por parte de la responsable del local a adecuar la actividad a la normativa vigente, y por otra, la permisividad del Ayuntamiento de Tolosa ante las reiteradas denuncias formuladas por los vecinos afectados y ante las irregularidades constatadas de la actividad, lo que supone una clara quiebra del principio preventivo que la técnica de licencias determina.





9. Es de obligado cumplimiento que las administraciones implicadas intervengan sobre la actividad cuestionada, adoptando, con efectividad inmediata, las medidas que, conforme al ordenamiento jurídico vigente, resulten precisas en función de la exigible protección del derecho a la salud y a un medio ambiente de calidad hacia las personas afectadas por la actividad que se desarrolla.

En este sentido, las entidades locales en ningún caso pueden inhibirse ante situaciones perjudiciales al medio ambiente esperando a que se traduzcan en daños ciertos a las personas o bienes, ni tampoco dilatar el expediente, con base en la esperanza de que los responsables del local se avengan a adecuar la actividad a la legislación. Es necesaria la intervención municipal para que cese la situación de riesgo, adoptando ella misma las oportunas medidas correctoras u ordenando su realización a los directamente responsables.

Estas medidas correctoras resultan exigibles con carácter previo al comienzo o con la apertura de la actividad. La obligación de justificar su cumplimiento corresponde al titular de la actividad.

10. En este sentido, conviene recordar la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en Sentencia de 18 de octubre de 2011, en el caso **Martínez Martínez contra España** recoge que:

"El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no sólo como un derecho a un simple espacio físico, sino también para el disfrute, con toda tranquilidad, de dicho espacio. La vulneración del derecho al respeto del domicilio no sólo se refiere a ofensas materiales o corporales, tales como la entrada sin autorización en el domicilio de una persona, sino también las lesiones incorpóreas como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias."

Finalmente, recuerda que: *"La actuación de la Administración no sólo no debe limitarse a abstenerse de llevar a cabo tales injerencias, sino que tiene encomendado proteger al individuo frente a las ya mencionadas."*

En este sentido, el órgano público competente debe hacer uso ineludible de la potestad-función que le asigna el ordenamiento jurídico para prevenir y, en su caso, remediar las inmisiones sonoras susceptibles de producir molestias o perjuicios a terceros.

El Tribunal Constitucional ha venido precisando con insistencia que *"la finalidad de las medidas provisionales o cautelares no sólo es asegurar la eficacia de la sanción que pudiera recaer, sino también evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción o, si se prefiere, que persista la situación lesiva denunciada"*.





Es por ello que, corresponde a las entidades locales la adopción de medidas preventivas que cohonesten con la índole de las molestias o perjuicios que la fuente sonora está produciendo en los intereses legítimos de terceros.

11. A la vista de lo hasta aquí expuesto, la institución del Ararteko concluye que no se puede seguir permitiendo y tolerando por más tiempo que las familias que siguen residiendo en las inmediaciones de esta actividad se vean obligadas a soportar situaciones molestas de esta naturaleza.
12. No negamos la dificultad que entraña el ejercicio de las funciones de vigilancia y control de las instalaciones y, en este sentido, consideramos que debe encontrarse un equilibrio entre el ejercicio de una actividad de tales características y los derechos que asisten a los vecinos, es decir, el derecho al descanso y a disfrutar de un medio ambiente de calidad, exento de perturbaciones sonoras.

Sin embargo, es necesario que el Ayuntamiento de Tolosa arbitre los recursos y procedimientos precisos para conseguir la materialización de los derechos – a la intimidad, seguridad e inviolabilidad del domicilio- de las personas que residen en las proximidades de estos establecimientos pues éstos no pueden verse abocados a sufrir perturbaciones en su tranquilidad, a causa de las molestias producidas por el establecimiento comercial en cuestión.

Por ello, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 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 70/2012, de 18 de junio, al Ayuntamiento de Tolosa para

Que en virtud del artículo 64 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección de Medio Ambiente del País Vasco modificada por la Ley 7/2012 de 23 de abril (BOPV nº 84, de 30 de abril de 2012) y sin perjuicio de las sanciones que se deriven de la actuación incorrecta, se proceda con carácter inmediato a la paralización, con carácter preventivo de la sociedad gastronómica hasta que cumpla las condiciones ambientales impuestas, adoptando las medidas necesarias para reducir las molestias de ruidos.

Que se requiera a la dirección de la sociedad gastronómica a la corrección de las irregularidades detectadas y que cumpla con carácter definitivo, las medidas correctoras que se le impusieron.

En cualquier caso, que se realicen las inspecciones técnicas necesarias para conocer de la continuación de ruidos y vibraciones.

