

4. EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE VIGILANCIA Y CONTROL DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE TXOKOS Y SOCIEDADES GASTRONÓMICAS

Una constante en la actuación de la institución del Ararteko, que se refleja en los informes anuales que presenta al Parlamento Vasco, es la problemática que genera el funcionamiento irregular de las actividades instaladas en suelo urbano residencial.

Año tras año esta institución ha llamado la atención de las administraciones públicas vascas sobre los perjuicios que ocasiona en la salud y la merma en la calidad de vida que sufren las personas que residen en las proximidades de establecimientos hosteleros, cuando el funcionamiento de esos locales no se acomoda a las medidas correctoras que les imponen sus licencias de instalación y la legislación vigente.

El Ararteko ha insistido en que los establecimientos hosteleros son actividades sujetas a licencia municipal y, consecuentemente, no debe entenderse agotada la intervención municipal en el momento de la puesta en funcionamiento de la actividad, sino que la autoridad municipal debe vigilar e inspeccionar permanentemente estos locales. Esto permite un reexamen continuo del cumplimiento de las medidas correctoras impuestas en la licencia de actividad, y, al mismo tiempo, garantiza la protección de los ciudadanos ante las posibles perturbaciones y agresiones medioambientales que pudieran derivarse del incorrecto funcionamiento de estas actividades.

En definitiva, en conformidad con la legislación vigente, el seguimiento, inspección y control del funcionamiento de las actividades es un servicio más de prestación obligatoria de los ayuntamientos, y de primordial importancia para los ciudadanos afectados.

En este sentido, los ayuntamientos deben velar para que, en todo momento, las actividades cuyo funcionamiento han autorizado se ajusten a las restricciones y medidas correctoras impuestas en la licencia de instalación, reconduciéndolas a aquellos parámetros y limitaciones de la instalación autorizada. Si ello reclama la adopción de medidas sancionadoras para remover conductas o actitudes poco respetuosas con el descanso de las personas y un medio ambiente de calidad para la ciudadanía, el ordenamiento jurídico vigente ofrece esas vías para proteger el interés general de los ciudadanos.

Ahora bien, hemos constatado que, en ocasiones, las autoridades municipales no realizan un seguimiento de la actividad porque el establecimiento no dispone de licencia de instalación, a pesar de que desarrolla su actividad de manera pública y notoria desde hace muchos años. Este es el caso, por ejemplo, de algunos txokos y sociedades gastronómicas, que iniciaron su actividad, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, gracias a autorizaciones de los gobernadores civiles que les habilitaban para utilizar sus locales con el fin de realizar sus fines sociales.

Estas sociedades desarrollan una actividad equiparable a la de restauración, si bien sus instalaciones no siempre se encuentran acondicionadas y convenientemente aisladas acústicamente. Por ello, las personas que residen encima del local perciben en sus domicilios el sonido de las conversaciones y los ruidos que se generan en el interior del establecimiento. Asimismo, la existencia de cocinas requiere la evacuación de los hu-

mos. La falta de una conducción individual que dirija los humos a la cubierta del edificio se suple instalando extractores de humos, que ocasionan molestias por ruidos y malos olores a los vecinos que viven en las primeras plantas del edificio. Estas afecciones se agravan, ya que no hay un control del cumplimiento del horario de cierre en estos establecimientos.

Cuando se dirigen al Ararteko, los afectados alegan que vienen solicitando desde hace años la intervención de los servicios municipales. Sin embargo, a veces, desde las entidades locales se deriva el problema a la jurisdicción civil, ya que entienden que los txokos y las sociedades gastronómicas no son actividades sujetas a calificación.

Esta apreciación contrasta con las previsiones que recoge nuestra legislación.

Ya el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado por el Decreto 2.414/1961, de 30 de diciembre, identificaba qué actividades iban a ser consideradas molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, e iban a ser por dicha causa sometidas a intervención administrativa. A este respecto, el art. 1, concretaba los criterios que determinaban cuándo una actividad estaba sujeta a calificación. En concreto, dicho precepto señalaba, en 1961, que: *“el presente Reglamento, de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto **evitar** que las **instalaciones, establecimientos, actividades, industrias, almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de “actividades”, produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”***.

Asimismo, el RAMINP precisaba en su art. 2 que *“quedan sometidas a las prescripciones de este Reglamento, en la medida que a cada una corresponda, todas aquellas ‘actividades’ que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, de acuerdo con las definiciones que figuran en los artículos siguientes e independientemente de que consten en el nomenclátor anejo, que no tiene carácter limitativo”*.

A su vez, esta norma al identificar los distintos focos que provocaban incomodidad y molestias, establecía: *“serán calificadas como molestas las actividades que constituyan una incomodidad por los **ruidos** o vibraciones que produzcan o por los **humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen”***.

En consecuencia, podemos concluir que lo que determina la aplicación de un régimen específico a la instalación y ejercicio de este tipo actividades es el hecho de que su funcionamiento sea potencialmente productor de efectos perniciosos o susceptible de producir molestias e incomodidades. De esta forma, la sujeción del normal ejercicio de la actividad a medidas más estrictas pretende proteger el interés general, en este caso, identificado con el derecho a disfrutar de un medio ambiente de calidad que tienen las personas que residen en las inmediaciones de estos establecimientos.

Este derecho al medio ambiente lo ampara el art. 45 de nuestro texto constitucional, y su protección constituye una competencia de prestación obligatoria, conforme dispone el art. 25.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Por su parte, también, el Decreto 171/1985, de 11 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de carácter general de aplicación a las actividades molestas,

insalubres, nocivas y peligrosas a establecerse en suelo urbano residencial 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.

En estos casos, algunas entidades locales objetan que los establecimientos han de encontrarse abiertos al público en general, y que, por el contrario, los txokos tienen un acceso restringido a sus socios.

A nuestro juicio, resultan dos cuestiones distintas el ejercicio del derecho de reunión y asociación por parte de los ciudadanos, y las condiciones técnicas que debe de cumplir el recinto en el que se ejerzan esos derechos.

Sobre esta cuestión, resulta público y notorio el régimen de acceso restringido a txokos y sociedades gastronómicas en toda la Comunidad Autónoma. Sin embargo, también es público y notorio que a los txokos no sólo acuden los miembros de la sociedad que regenta el local, sino también sus amistades y parientes.

Como hemos indicado, el Decreto 171/1985 no sólo menciona expresamente los txokos, sino también las sociedades recreativas y culturales, en cuyo concepto “sociedad” también se encuentra implícita la noción de grupo limitado de personas y participación restringida a las personas asociadas. No obstante, ello no ha constituido óbice alguno para que los redactores del Decreto hayan sometido a 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, al régimen aplicable a los bares y restaurantes. Ello se debe a que el normal funcionamiento de las instalaciones que albergan estos usos en suelo urbano residencial puede producir molestias e incomodidades a las personas que residen en sus proximidades, como de hecho se ha constatado.

La voluntad de nuestro legislador de no excluir del régimen de las actividades clasificadas a los txokos -conocedor como es de la peculiaridad de su funcionamiento- se ha reflejado de nuevo en el texto de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas, ya que en el catálogo de locales, instalaciones, espectáculos públicos y actividades recreativas, dentro del apartado III relativo a locales e instalaciones, menciona los establecimientos de hostelería y restauración, en cuyo ámbito incluye a los txokos y sociedades gastronómicas.

Como se ha dejado constancia, 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, regula dentro del Grupo 2º estas instalaciones.

Por último, mediante el Decreto 165/1999, de 9 de marzo, los Departamentos de Industria, Comercio y Turismo, Sanidad y Ordenación del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente (BOPV de 26-3-1999) concretaron la relación de las actividades que, por su escasa incidencia en el medio ambiente, están exentas de obtener la licencia de actividad que prevé la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco. En dicho listado no se encuentran ni los txokos, ni las sociedades gastronómicas.

El propósito de no disminuir, en ningún caso, el régimen de garantías no sólo está reconocido en la propia exposición de motivos del Decreto 165/1999, la cual reclama que *“de conformidad con lo dispuesto en el Anexo IV, los promotores de tales actividades deberán presentar, ante los Ayuntamientos respectivos, la documenta-*

ción que incorpora en todo caso, la previsión de los sistemas correctores que deben aplicarse, atendiendo a la concreta naturaleza de cada actividad”, sino que busca ser garantizado, mediante el art. 5 del texto: “en el supuesto de que una actividad de las contempladas en el presente Decreto sobrepasare en su funcionamiento cualquiera de los límites que para ellas se fija en los Anexos I, II, y III, tal circunstancia supondrá la aplicación a las mismas del régimen de licencia de actividad previsto en los artículos 56 y siguientes de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco”.

Constituiría un evidente agravio comparativo que los centros culturales y/o asociativos que están ubicados en planta baja de vivienda o en edificios exentos, incluso cuando no realizan actividad de baile, canto o música tengan que ajustarse en su funcionamiento a las limitaciones en materia de inmisión sonora y sistemas de ventilación que fija el art. 4.1 y 3.6 del anexo del Decreto 165/1999, amén de poder ser reconducidos al régimen de las actividades clasificadas, en caso de que superen los límites que establece el decreto, y que, sin embargo, los txokos y sociedades gastronómicas, reconocidos como actividades sujetas a calificación por nuestra legislación, pudieran no ser objeto de intervención administrativa.

En otro orden de cosas, hemos de insistir en que la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desautoriza absolutamente la pretensión de la posible existencia de una autorización municipal, derivada de la tolerancia y el conocimiento del funcionamiento de la actividad por parte de las autoridades locales.

A este respecto, resulta muy clarificadora la argumentación que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10108):

“...ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tasas o tributos, ni la mera tolerancia municipal -sentencias de 18 de julio de 1986, 5 de mayo de 1987, 4 de julio de 1995, 20 de octubre de 1998- pueden implicar acto tácito de otorgamiento de licencia o reconocimiento de la misma, y del mismo modo se agrega -sentencias de 20 de diciembre de 1985, 20 de enero de 1989- que la actividad ejercida sin licencia, se conceptúa como clandestina y como una situación irregular de duración más o menos larga, que no legitima en ningún caso el transcurso del tiempo, pudiendo, por tanto, ser acordado su cese por la autoridad municipal en cualquier momento, ya que los fines asignados a la Administración, a través de la licencia, justifican que la intervención de control de las actividades se ejerza no sólo en la fase previa al inicio de la actividad sino también en cualquier momento posterior. No cabe, pues, hablar de derechos adquiridos ni de tolerancia municipal o precariedad en el ejercicio de la actividad, fuere o no conocida, a los efectos de la legitimación de una actividad ejercida desde su iniciación sino tras la licencia obtenida dentro de unos límites precisos y concretos”.

Una vez constatado el funcionamiento sin licencia de la actividad, las entidades locales deberían proceder según lo que establece el art. 65 y concordantes de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco.

Esto es, sin perjuicio de las sanciones que se derivaran del hecho de estar funcionando sin los permisos oportunos, el Alcalde o Alcaldesa actuará de la siguiente manera:

“a) Si la actividad pudiere legalizarse, requerirá al titular de la misma para que regularice su situación, concediéndose al efecto un plazo que, salvo casos excepcionales debidamente justificados, no podrá ser superior a seis meses, pudiendo además clausurarla, si las circunstancias lo aconsejaran, previa audiencia del interesado.

b) Si la actividad no pudiera legalizarse por incumplimiento de la normativa sectorial vigente o de las ordenanzas municipales correspondientes, deberá procederse a su clausura, previa audiencia del interesado.”

Conclusiones

- Los txokos y las sociedades gastronómicas se encuentran sujetas al régimen de las actividades clasificadas.
- Las entidades locales deben requerir a los titulares de los txokos y las sociedades gastronómicas cuyas instalaciones actualmente no se encuentren legalizadas para que, en el plazo de seis meses, presenten un proyecto de adecuación de la actividad a las medidas correctoras previstas en la sección 1ª, capítulo 1º del Decreto 171/1985, de 11 de junio, por el que se aprueban las normas técnicas de carácter general, de aplicación a las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas a establecer en suelo urbano residencial.