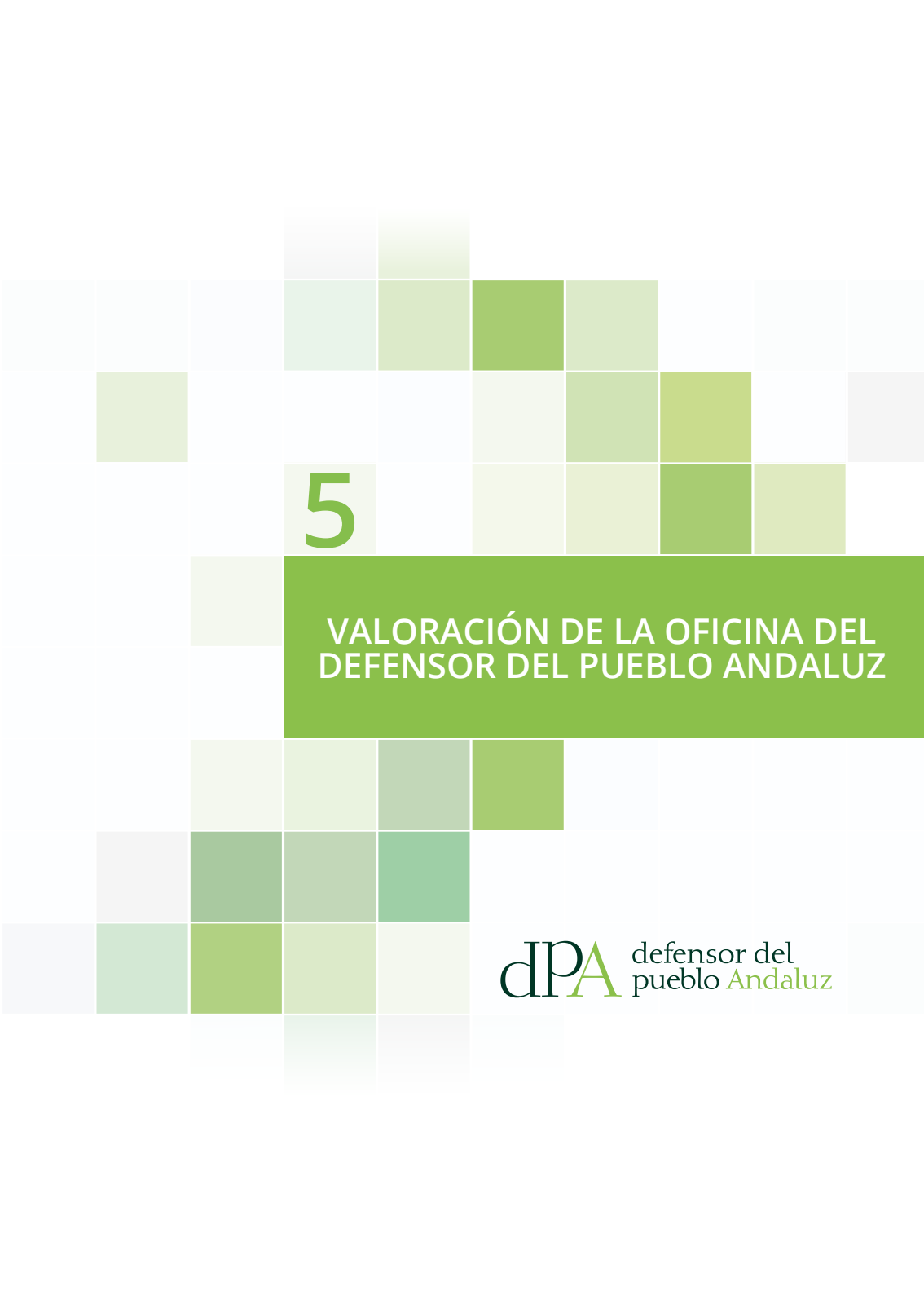




5

VALORACIÓN DE LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

dPA defensor del
pueblo Andaluz

5. Valoración de la Oficina del Defensor del Pueblo Andalúz en torno al problema derivado de la contaminación acústica generada por los establecimientos de hostelería con motivo de la emisión, sin cumplir los requisitos legales, de música pregrabada o actuaciones en vivo

5.1. El derecho a un domicilio libre de ruidos no es ya una mera y comprensible aspiración de la ciudadanía sino que ha sido reconocido de manera expresa por el legislador

La cuestión que nos ocupa no es, desde luego, baladí: el art. 47 CE establece, como es conocido, el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada y justamente, para tener tal consideración, uno de sus requisitos, que a la vez se configura, asimismo, como un auténtico derecho de la ciudadanía en el art. 5, apdo. A), del Real Decreto Ley 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, es que la vivienda constituya un «... domicilio libre de ruido u otras emisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable».

Por tanto, no estamos ya ante una violación de un derecho a un medio ambiente adecuado como algo programático, sino ante un auténtico derecho subjetivo que toda persona posee a no soportar una contaminación acústica por encima de los estándares permitidos y que en caso de producirse no puede ser ignorada por las administraciones públicas. Es más, en este supuesto se trata de una obligación de no hacer de los establecimientos de hostelería, pues con independencia de los decibelios a los que se puede emitir la música, al estar tajantemente prohibida su emisión por el ordenamiento jurídico, en locales que no reúnen determinados requisitos, la contaminación que se genere por esta causa sin estar autorizados para ello siempre crea afecciones que no está obligada a soportar la ciudadanía.

5.2. Existencia de un marco jurídico mejorable pero suficiente para cumplir el objetivo que se pretende

Tanto desde la experiencia que hemos tenido con motivo de la tramitación de centenares de quejas, como a la vista de las respuestas recibidas de los ayuntamientos en el marco de la tramitación de la **queja 14/2491**, se evidencia que contamos con un marco jurídico suficientemente claro para evitar que los establecimientos de hostelería emitan música pregrabada o en vivo sin reunir los requisitos legales para ello, provocando, como consecuencia de esto, graves afecciones que en la práctica suponen una vulneración de los derechos constitucionales y estatutarios de la ciudadanía.

Por tanto, desde una perspectiva legal, carece de justificación alguna el que en tantos y tantos supuestos exista una pasividad verificada por esta Institución ante las denuncias de la ciudadanía por las agresiones ambientales que se producen en este ámbito.

Cuestión distinta es que algunos Ayuntamientos han propuesto una mayor flexibilidad en la regulación de esta normativa que les permita regular y autorizar establecimientos y actividades que, en la actualidad, consideran que poseen una normativa excesivamente rígida y no tiene en consideración la idiosincrasia de los municipios ni de las “costumbres” inherentes a los pueblos del Mediterráneo.

Se trataría, en suma, ante la realidad de que en muchos municipios de Andalucía y, singularmente, en la costa, dada la climatología, existe una “cultura” de pasar gran tiempo en el exterior, de flexibilizar y/o adaptar las limitaciones y autorizaciones de instalaciones de aparatos que emiten música y de actuaciones en vivo y los horarios para que los usuarios de los establecimientos puedan disfrutar de la música.

Serían los Ayuntamientos los que, en función de la cercanía de la población, concentración de personas y otras circunstancias decidirían, caso por caso, dónde y hasta qué hora se autorizaría la emisión de música en el interior o en el exterior de los locales que provocan contaminación acústica al no tratarse de locales con ruidos e insonorizados como los pubs y discotecas.

Sobre esta opción, que de una u otra forma plantean municipios como Motril, Salobreña, Málaga o Huelva, tenemos que decir que si la legislación

actual es tan rigurosa es porque la normativa anterior creaba situaciones insostenibles, precisamente por esa flexibilidad. Pero es que, además, aún con esta legislación resulta que hay un número considerable de establecimientos de hostelería que burlan las normas sin consecuencia alguna, ante la falta de sensibilidad de algunos empresarios y, todo hay que decirlo, de los gobiernos locales, que deben impedir estas actividades ante las consecuencias de la contaminación acústica.

Creemos que el camino a seguir es muy diferente: primero sujeción y respeto a la Ley y, después, estudiar mejorar las normativas que efectivamente podrían flexibilizar la aplicación de las normas pero en base a criterios y parámetros objetivos, tales como distancias, inexistencia de núcleo urbano o uso residencial cercano, etc. Si la toma de decisiones se dejan al albur de la interpretación de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sin lugar a dudas la situación empeorará.

Además, ¿qué municipio dispone de policía y servicio técnico para verificar, de manera permanente, que los establecimientos no emiten música a más de un determinado nivel de decibelios en una hora concreta?, ¿cómo se evalúa permanentemente si se está molestando o vulnerando derechos de la ciudadanía?. Pasar de un sistema objetivo y preventivo a otro de valoración subjetiva y control a posteriori daría al traste con los avances conseguidos que, por cierto, no han sido pocos: no olvidemos, como reiteradamente afirmamos en este trabajo, que la inmensa mayoría de los empresarios de hostelería sí cumplen con las exigencias de la normativa en torno a la emisión de la música pregrabada y/o en vivo en estos establecimientos.

En definitiva, tengámoslo muy claro: los establecimientos que cumplen con las normas no causan problema alguno e, incluso, alguna asociación de pubs y discotecas se ha dirigido a la Institución apoyando la resolución adoptada y quejándose de la competencia desleal e ilícita que provocan establecimientos que, sin reunir los requisitos legales, compiten con ellos, generan contaminación acústica y desprestigian a todo el sector.

La modificación de las normas, a la que esta Institución no se opone pues todo sistema legal es mejorable, no debe generar una inseguridad jurídica ni poner en riesgo derechos de terceros, sino responder a demandas lógicas de interés público o social.

Finalmente, sólo manifestar que cuando algún empresario nos ha planteado que por qué motivo la “ley” no permite que se desarrollen estas actividades en lugares y en condiciones que no molesten a nadie por su localización, volumen, etc., nuestra respuesta es que si bien las normas no contemplan excepciones, también es cierto que nadie presenta reclamaciones, quejas o denuncias contra un establecimiento que no genera una contaminación acústica que viole sus derechos.

5.3. La contaminación acústica puede suponer una vulneración de derechos fundamentales

La contaminación acústica por encima de los niveles establecidos en la normativa puede suponer, en determinadas circunstancias, la vulneración de distintos derechos constitucionales, incluso de naturaleza fundamental. En este sentido, ya hace algunos años que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵ ha venido fijando una línea jurisprudencial, por la que las intromisiones en el domicilio de las personas como consecuencia de una actividad acústicamente contaminante vulneran el derecho al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio, recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido recogida por el Tribunal Constitucional español⁶ y por el Tribunal Supremo⁷ consolidando una línea jurisprudencial por la que, en determinados supuestos, el ruido a determinados niveles de intensidad y frecuencia puede vulnerar el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 CE), el derecho a la libre elección de residencia (artículo 19 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (artículo 45 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47 CE) y hasta incluso la dignidad de la persona (artículo 10 CE).

5 Así, por ejemplo, pueden citarse las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos de 9 de diciembre de 1994, *Asunto López Ostra contra España*; 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez contra España*, y de 18 de octubre de 2011, *Asunto Martínez Martínez contra España*.

6 A título ilustrativo, Sentencias del Tribunal Constitucional 119/2001, de 29 de mayo, y 150/2011, de 29 de septiembre.

7 Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 713/2014, de 22 Octubre de 2014, Sala de lo Penal.

5.4. La inactividad de la administración obliga a la ciudadanía a solicitar el amparo de sus derechos en vía judicial en el segundo país más ruidoso del mundo

Las afecciones que genera la contaminación acústica son de tal entidad que la ciudadanía, pese a contar con un marco jurídico suficiente y adecuado para proteger sus derechos, y un gobierno local, que se supone debe realizar cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar tales derechos, en la práctica, con frecuencia, se ve obligada a acudir a los tribunales⁸.

Lo sorprendente es que todo esto acontece en un estado de derecho (art. 1.1 CE) cuyas normas, como bien nos recuerda el art. 9.1 CE, vinculan tanto a los poderes públicos como a la sociedad. Además, tales hechos se producen en un país que, según reiterados informes de la OMS, es el segundo más ruidoso del mundo, después de Japón.

Se trata de una tarea que se debe afrontar con resolución, pues aquí, en Andalucía, más del 50% de la población se ve obligada a soportar niveles de ruido superiores a los 65 dB, mientras que esa media de población que se ve afectada por esta contaminación a nivel nacional es del 33%, es decir 17 puntos menos que en Andalucía y, a nivel europeo, sólo afecta al 27%. La contaminación acústica, no sólo la originada por establecimientos de hostelería, talleres, etc., sino también por el tráfico rodado, debe ocupar el lugar que demanda por sus afecciones en la agenda de las Administraciones Públicas.

5.5. Consecuencias de la pasividad municipal: responsabilidad civil, administrativa y/o penal según los casos

Consecuencia de esa inactividad conocida e injustificada es que, dada la claridad de las normas y de la inexcusabilidad de la intervención por parte de los gobiernos locales, no es otra que, cuando las personas afectadas por esta contaminación no han obtenido, ni la respuesta solidaria del titular del establecimiento público, ni la protección adecuada y obligada del gobierno local, han acudido a los Tribunales, éstos vienen dictando sentencias en las que, según los casos, exigen responsabilidad civil, penal y en su caso

.....

8 Anexo II. Setencias de interés.

administrativa a tales titulares y a las autoridades y funcionarios que debiendo de intervenir, porque tienen la competencia y los medios para ello, no lo hicieron. Ejemplos de tales sentencias se mencionan también en la resolución dictada en la tan mencionada **queja 14/2491**.

5.6. Se trata de un problema de entidad pero de débil repercusión social y política al tener lugar de manera muy local desde la doble perspectiva territorial y social

Aunque indudablemente se trata de un problema de entidad para quienes sufren las consecuencias de la contaminación acústica, sin embargo no siempre es percibido así, ni por los poderes públicos que tienen la responsabilidad de proteger a la ciudadanía, ni por la sociedad civil en la medida en que no le afecta directamente. Así, a diferencia de lo que acontece con el ruido ambiental de las terrazas, que está muy generalizado, o de lo que ocurría con el fenómeno del “botellón” en el que, dados los términos en los que estas concentraciones de jóvenes se producían, afectando a un gran número de personas, y al tener lugar en distintos puntos de la ciudad, provocó, sobre todo en tiempos pasados, auténtica alarma social, convirtiendo un problema de la ciudadanía en “una cuestión política” que a su vez originó que incluso, se aprobara una ley⁹ para combatirlo, en los supuestos que contemplamos en este documento habitualmente el problema y sus consecuencias son muy locales y a veces se centran solo y únicamente en un inmueble.

La consecuencia de ello es que al tratarse de un problema individualizado los poderes públicos, sobre todo los ayuntamientos, no sienten la presión del problema social, por lo que no adoptan las medidas efectivas para combatir estas agresiones.

Lamentablemente la corrección de tal pasividad ha tenido que venir en los últimos años, también en estos ámbitos, por vía judicial. La vía de acudir a los tribunales de justicia para defender derechos debe ser el último recurso y no, como acontece, el camino que con frecuencia tienen que recorrer los que

9
 Nos referimos a la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía (“Ley Antibotellón”), BOJA núm. 215 de 7 de Noviembre de 2006.

padecen los efectos de la contaminación acústica, sin que los empresarios ni los gobiernos locales hagan nada para que se respeten las normas.

5.7. La generalidad de los establecimientos de hostelería respetan la normativa de aplicación, solo una exigua minoría genera más del 90% de las reclamaciones

Contrario a una idea extendida de manera injustificada, la inmensa mayoría de establecimientos de hostelería existente en nuestro territorio no emiten música pregrabada o en vivo, cuando ejercen esa actividad, respetan las normas y requisitos e, incluso, cuando, sin respetar éstas, si realizan estas actividades las ejercen con un autocontrol que hace posible que, en la mayoría de los casos, el nivel de decibelios esté muy por debajo de los límites autorizables, por lo que no suelen generar reclamaciones de terceros al no causar afecciones en éstos.

Por tanto, no consideramos que sea adecuado estimar que se trata de un problema complejo de afrontar por parte de los ayuntamientos, pues en la mayoría de las quejas tenemos comprobado que los establecimientos de hostelería que sistemáticamente violan la normativa y, aún más, los que emiten música a un nivel alto de decibelios es muy reducida, aunque concentran casi el 100% de las reclamaciones que con carácter reiterado presenta la ciudadanía.

Dicho de otra manera, suele tratarse de locales muy concretos que generan graves afecciones en un entorno muy limitado, a veces, solo en el inmueble en el que están instalados y que pese a que son objeto de multitud de quejas y reclamaciones continúan funcionando, inexplicablemente, con total impunidad. Lo sabe la Policía Local, lo conocen los servicios técnicos y las autoridades, pero no intervienen.

Por tanto, ni se justifica la irresponsabilidad con la que actúan estos establecimientos, ni la grave dejación de funciones en la que incurren los responsables municipales que teniendo conocimiento fehaciente de estos hechos, no intervienen. Al final, las consecuencias añadidas a la vulneración de derechos es la exigencia de responsabilidad a las autoridades y funcionarios. En esta línea ya se han dictado varias sentencias en nuestro país.

5.8. Detectar el problema y adoptar medidas para impedir el desarrollo de la actividad no supone una intervención compleja cuando se trata simplemente de llevar a cabo una verificación sobre si el establecimiento está autorizado, o no, a ejercer la actividad

Ésta y no otra es la realidad, no nos engañemos, pese a que las denuncias de la policía, las que, asimismo, realizan los vecinos ya sea por escrito o por teléfono, en cuyo caso suelen quedar grabadas, constituyen presunciones o pruebas que permiten con gran facilidad determinar si un local, insistimos, con independencia del nivel de decibelios a que se emita la música, está habilitado o no para tener aparatos que emitan música pregrabada o para celebrar actuaciones en vivo, con frecuencia realizada tal verificación no se toman decisiones.

En realidad no es una cuestión de medios pues basta conocer la licencia del establecimiento y comprobar si está realizando una actividad no autorizada para que surja la obligación de adoptar medidas, incluso cautelares, para impedir las. De hecho, hay, en algunos municipios, policías locales que ante estas situaciones intervienen inmediatamente obligando a que cese la actividad e incluso procediendo a la retirada de los aparatos de música, al margen de elevar los boletines de denuncia a los servicios jurídicos para que procedan a incoar el correspondiente expediente sancionador.

Por desgracia, a veces, la policía que ha pedido competencia más allá de las que posee de mera amonestación verbal o de proceder a rellenar los boletines de denuncia, cuando se le ha otorgado ésta para que con carácter preventivo pueda adoptar medidas cautelares como las ya comentadas, dada la responsabilidad que ello implica, sus organizaciones sindicales se han opuesto al otorgamiento de tal competencia, pese a estar prevista la misma en las correspondientes ordenanzas.

Digámoslo muy claro: así como una medición del nivel de decibelios, ya sea en su emisión o inmisión, exige unos medios de comprobación, y lo mismo ocurre con la valoración sobre si un local cumple con los requisitos de aislamiento acústico para emitir música o realizar actuaciones en vivo, exige una cierta preparación técnica, la comprobación de si un local está autorizado o no a realizar tales actividades se puede llevar a cabo fácilmente

por cualquier Ayuntamiento con los medios de que dispone ya que con una personación en el local y a la vista de la licencia, se puede determinar si es ilegal la actividad que ejerce.

¿Qué dificultad, desde un punto de vista técnico y legal, tendría el que la policía local, tras verificar que un local que no está autorizado para contar con aparatos de música y está emitiéndola a alta horas de la madrugada, ordenara el inmediato cese de la misma por ser una actividad manifiestamente ilegal sin perjuicio de dejar constancia de ello en el parte de denuncias?

Por lo demás, los grandes y medianos Ayuntamientos suelen contar con servicios técnicos que, fácilmente, pueden evaluar si un establecimiento de hostelería posee los requisitos técnicos necesarios para ser autorizados a desarrollar estas actividades y, por supuesto, proceder en su caso al precintado de los aparatos de música, por lo que no encontramos dificultad alguna ni justificación a la tolerancia existente con el desarrollo de tales actividades ilícitas.

Respecto de los pequeños municipios pueden solicitar la colaboración de las Diputaciones Provinciales o de la Administración Autonómica cuando carecen de los medios necesarios para ello.

5.9. El sistema organizativo y de distribución de competencias de los ayuntamientos, con frecuencia, genera disfuncionalidades a la hora de afrontar el problema de la contaminación acústica

Con independencia de lo ya manifestado sobre la ausencia de una sensibilidad suficiente por parte de los poderes públicos a la hora de afrontar la lucha contra la contaminación acústica, es importante también poner de relieve que la propia organización administrativa municipal de servicios que, con distintas competencias, pueden incidir en la lucha contra esta contaminación, produce habitualmente no pocas disfuncionalidades.

Así, no es infrecuente que quienes pueden controlar con más facilidad las emisiones provocadas por la música pregrabada o en vivo, en locales no autorizados, ni autorizables para ello, en horario nocturno, son los servicios de la policía local que suelen carecer de competencias para una vez verificado que el establecimiento no posee autorización para realizar estas actividades,

ordenar de inmediato el cese de la misma y, en su caso, proceder a adoptar medidas cautelares para impedir que tal actividad continúe.

Y no digamos cuando de lo que se trata es de medir el nivel de decibelios de las emisiones de los aparatos de música autorizados o no allí existentes. En tales casos la policía tiene una dificultad adicional a añadir a lo que es la mera comprobación de si poseen autorización o no tales establecimientos.

Por el contrario, los servicios que sí poseen tales medios, los denominados servicios técnicos municipales, no suelen realizar inspecciones en los horarios en los que se plantea esta problemática por estos motivos e incluso rara vez durante el día verifican al menos si los aparatos de música cuentan con limitadores o si su instalación es manifiestamente ilegal.

La consecuencia de ello es que la policía local se limita a rellenar boletines, o en el mejor de los casos hacer alguna amonestación verbal sin que, posteriormente, con inusitada frecuencia, como tenemos verificado, tales boletines originen la tramitación de un expediente sancionador y, en su caso, la adopción de medidas para impedir que se desarrollen estas actividades, así como la imposición de sanciones.

Este panorama, como decimos, verificado una y cien veces por esta Institución, no debe ocultar que sí hay también municipios que funcionan adecuadamente. Estos poseen sonómetros, cuyo precio es muy asequible, y su personal está preparado para realizar mediciones e, incluso, en el caso de necesitar medios técnicos, pueden solicitarlos sin problema a las Diputaciones Provinciales, o solicitar un informe de la Delegación correspondiente de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía.

En fin, la pasividad que impide proteger derechos y que puede generar responsabilidad civil, administrativa y penal, carece de justificación alguna y la inactividad se resuelve o bien con una mejora de la gestión interna, o bien solicitando una colaboración de los órganos supramunicipales, según los casos. La excusa de la falta de medios no se justifica en ningún sentido.

Evidentemente, hay municipios en los que tales servicios de policía y/o técnicos funcionan adecuadamente, siendo así que el precio de un sonómetro y el nivel de preparación para su uso adecuado no entraña gran dificultad y es bastante asequible.

5.10. Debemos partir de una premisa: toda actividad empresarial incompatible con el principio de sostenibilidad ambiental no tiene futuro

Como valoración final solo nos queda manifestar que esperamos que los gobiernos locales tomen conciencia de que no pueden continuar permitiendo que unos pocos e insolidarios empresarios de la hostelería desarrollen unas actividades ilegales que violan derechos constitucionales y estatutarios de la ciudadanía y que, como consecuencia de tales actuaciones, si no intervienen para proteger los derechos de la ciudadanía, pueden incurrir en importantes responsabilidades.

Sin embargo aun es más importante que desde tales gobiernos se entienda que si el desarrollo económico que no es sostenible en términos ambientales tal y como ya decíamos al principio de este informe, no tiene futuro y, consecuentemente, solo la actividad económica que es compatible con el respeto a los derechos de la ciudadanía podrá tener garantía de continuidad en una sociedad cada vez más consciente de la necesidad de proteger el derecho a un medio ambiente adecuado. La sostenibilidad ambiental es una exigencia imprescindible de cualquier actividad humana que desee tener visos de continuidad.

Si, además, se trata de un país en el que el sector del turismo posee un extraordinario peso, como el que tiene en el nuestro, y que, cada vez, ese turismo es más exigente con la calidad del medio ambiente en el espacio urbano y rural, se comprenderá que la sostenibilidad ambiental es una exigencia que, inexorablemente, va unida a cualquier actividad económica que tenga pretensión de continuidad.