

# Las comunidades de propietarios frente a la colocación de veladores por establecimientos de hostelería\*

*The owners' communities opposite  
to the placement of terraces  
for restaurant, bars or cafes*

por

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado/juez titular del Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba

**RESUMEN:** La presencia de clientes en zonas de veladores o inmediaciones de bares, cafeterías, restaurantes, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas. Como tales, y tratándose de actividades

---

\* El presente trabajo obtuvo en 2014 el Premio «Santiago Gutiérrez Anaya» sobre propiedad inmobiliaria, en su XI Edición. Para respetar la integridad del texto, se ha optado por no adaptar el mismo a la importante reforma de la regulación legal sobre protección contra la contaminación acústica como consecuencia de la publicación, dos meses después de la presentación al premio de la obra, del Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo, por el que se modifican las Leyes 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía, 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros y se adoptan medidas excepcionales en materia de sanidad animal; y que ha supuesto el definitivo sometimiento al régimen de declaración responsable de las actividades hosteleras en Andalucía.

contaminantes están sometidas, al igual que los establecimientos de los que dependen, a un régimen jurídico de previa superación de un trámite de calificación ambiental. Las comunidades de propietarios se encuentran en idéntica posición que los particulares para ejercitar sus derechos en orden a proteger no solo su derecho a un medio ambiente saludable, sino también, en su caso, los espacios propios o comunes de la comunidad. Esta defensa de intereses propios y comunes puede realizarse, tanto por los órganos representativos de la comunidad como por miembros de la misma; y abarca la posibilidad de intervenir en procedimientos administrativos, tanto a nivel de alegaciones como de recurso; así como por el ejercicio de acciones civiles.

*ABSTRACT: The presence of costumers in terrace zones or close to bars, cafes, restaurants, ice-cream parlours, etc., is in itself an annoying activity that has a clear negative repercussion in the environmental quality on the inhabitable nearest zones. As such, and being contaminant activities, they're submitted, as the establishments on which they depend, to a legal regime of prior overcoming of an environmental qualification proceeding. Owners' communities are in identical position as individuals to exercise their rights in order to protect not only its right to a healthy environment, but besides, in its case, the own or common spaces of the community. This defence of own and common interests can take place, by representative organs of the community or by memberships of itself; and undertakes the possibility of taking part in administrative proceedings, as at level of pleadings or of appealing; and also by the way of civil actions.*

**PALABRAS CLAVE:** Veladores. Contaminación acústica. Calificación ambiental. Directiva Bolkestein. Propiedad horizontal. Comunidad de propietarios.

**KEY WORDS:** Terraces. Acoustic pollution. Environmental qualification. Bolkestein Directive. Horizontal property. Owners community.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO: EL CLAMOR DE UNA MINORÍA SILENCIOSA.—II. EL VELADOR COMO ELEMENTO ACCESORIO DE UNA ACTIVIDAD HOSTELERA Y SU NECESARIO SOMETIMIENTO A CALIFICACIÓN AMBIENTAL.—III. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN MUNICIPAL DE COLOCACIÓN DE VELADORES: 1. NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA LA COLOCACIÓN DE VELADORES EN LA VÍA PÚBLICA. 2. EL NOMENCLÁTOR Y EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN. 3. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE COLOCACIÓN DE VELADORES AL AIRE LIBRE: *A) Ocupación de la vía pública. B) Espa-*

*cios comunitarios de uso público y zonas comunes de uso público de entidades de conservación. C) Zonas comunes privadas de comunidades horizontales. D) Espacios privados del inmueble o local comercial donde se ubica el velador. E) El ignominioso ejemplo de las zonas comunes privadas de comunidades horizontales con previsión estatutaria de posibilidad de uso para colocación de veladores.* —IV. HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE DEFENSA DE LAS COMUNIDADES HORIZONTALES O COMUNEROS FRENTA A LA COLOCACIÓN DE VELADORES POR ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA: 1. BREVES NOTAS SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS COMO SUJETOS DEL DERECHO; PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN EN INTERÉS LA COMUNIDAD. 2. ACTUACIÓN A NIVEL DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: TRÁMITE DE AUDIENCIA Y POSIBILIDAD DE PERSONACIÓN EN EL EXPEDIENTE E IMPUGNACIÓN DE LA LICENCIA. 3. LA OPCIÓN POR LA VÍA CIVIL: A) *Defensa de los estatutos frente a extralimitaciones en el uso de zonas comunes.* B) *Acciones civiles individuales.* C) *Impugnación de acuerdos comunitarios lesivos para los intereses de concretos comuneros.* D) *Defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros: principio de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito.*

## I. PLANTEAMIENTO: EL CLAMOR DE UNA MINORÍA SILENCIOSA

El primer gran obstáculo al que ha de enfrentarse esa minoría silenciosa de ciudadanos que han de sufrir las consecuencias del ocio nocturno de los demás es la de captar la empatía del resto de la comunidad. Dentro de esa escala de posibles adhesiones al clamor de quienes noche tras noche no ven más horizonte que el de la llegada de las adversidades climatológicas, se ha llegado a un cierto nivel de concienciación con determinados fenómenos sociales; como sucede con ejemplos de los populares botellones. Pero incluso al enfrentarse la conciencia social a esta tipología de concentración de jóvenes que escoge la calle como sede natural de su esparcimiento, suelen ser otras razones, no precisamente de índole medioambiental, las que llevan a tomar partido en su contra. Es la repulsa al vandalismo o a convertir la calle en escenario de otros comportamientos incívicos, así como el temor de ver a generaciones enteras de jóvenes como potenciales víctimas del alcoholismo, la principal motivación que lleva a la sociedad a mostrarse hostil frente a tal fenomenología. El daño medioambiental que produce la sociedad del ocio es algo secundario para la conciencia social; inversamente proporcional a la afectación real que a cada uno de nosotros genera el ruido procedente del disfrute de la calle por los demás.

Se comprenderá por ello cómo son muy pocos, incluso en la clase política o en la Administración, quienes llegan a relacionar algo aparentemente tan inocuo como es la colocación por un establecimiento de hostelería de veladores u otras instalaciones en plena calle (ventanales abatibles con barras al exterior,

toldos, barriles u otros soportes para consumiciones o residuos del tabaco), como tradicional forma de expansión de la actividad hostelera, con una actividad que no solo genera molestias a los vecinos que tratan de dormir cada noche a menos de cinco metros de distancia, sino que supera con facilidad los límites de inmisión. Sin embargo, la realidad es completamente opuesta a ese sentir general anclado en tan lapidaria afirmación del «no es para tanto». En una escala facilitada por la OMS en 2009<sup>1</sup>, se constataba cómo a partir de una exposición en horario nocturno a niveles entre 30 y 40 dBA se comienzan a describir los primeros efectos adversos más generalizados, que se caracterizan inicialmente por movimientos corporales que van en detrimento de la calidad del descanso, despertares y sensación de molestia; efectos que en el umbral de los 40 a 55 dBA fuerzan a la mayoría de los individuos afectados por tales niveles a adaptar su modo de vida, con seria afección a segmentos poblacionales más vulnerables; y que a partir de los 55 dBA se generalizan, sometiendo a un alto porcentaje de la población a una situación de gran molestia, que puede estar detrás de problemas cardiovasculares derivados del estrés. Pues bien, la sola reunión, siquiera aglomeración, de personas que durante horas dialogan, ríen, o dan voces en horario nocturno puede llegar a superar con facilidad en situación de no esfuerzo un volumen entre los 55 y 60 dBA; llegando a dispararse con facilidad hasta los 75 en situaciones de aglomeración. No cabe la menor duda que la presencia de clientes de establecimientos de hostelería en zonas de veladores o aledaños de bares, cafeterías, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas.

La presencia de veladores u otro tipo de instalaciones hosteleras en plena calle se ve además acompañada de todo un cortejo de factores aditivos que no hacen sino implementar más la potencialidad contaminante del foco sonoro. Salida y entrada de personas y camareros del interior del local, exponiendo al exterior los ruidos procedentes del interior del local más o menos insonorizado; reverberación; frenética actividad de cocina; retransmisión de eventos deportivos; movimientos de sillas y cadenas para recoger o colocar las instalaciones a altas horas de la noche o a primera hora de la mañana, o trasiego de personas y vehículos que confluyen en un mismo punto de emisión, contribuyen a convertir un simple bar en una insopportable fuente de ruido para quienes tienen la desdicha de vivir sobre o en sus cercanías.

Pero este serio problema no tiene que ser visto como algo que únicamente atañe a quienes de forma más directa sufren diariamente una seria restricción de su derecho a la vida privada. Tendemos con facilidad a individualizar el conflicto, como sucediera en el supuesto de la reciente STC, Pleno 150/2011, de 29 de septiembre<sup>2</sup>; pero lo cierto es que el problema trasciende directamente a intereses colectivos de quienes no solo conviven con el problema del ruido, sino que sufren otras consecuencias más o menos

directas de todo lo que comporta convivir con un establecimiento hostelero. Y hablamos de todo un abanico de posibilidades que afectan de forma más o menos específica a integrantes de determinadas colectividades o comunidades de intereses que pueden afectar no solo a su derecho al descanso, sino también a su tranquilidad frente a fenómenos o situaciones de incivismo o inseguridad; uso normal de espacios públicos o privados (saturación del uso de la vía por parte de la instalación hostelera, con dificultad de tránsito), e incluso intereses puramente crematísticos (en concreto pérdida de valor económico de la inversión en viviendas que conforman domicilios familiares, que a la vez se erige en insalvable baldón para permitir una estrategia defensiva tan lógica como sería su venta para adquirir otra en un lugar más tranquilo)<sup>3</sup>. Esa consideración del sujeto colectivo, de legitimidades más o menos difusas, para reaccionar jurídicamente frente a las molestias ocasionadas por concretas manifestaciones de la sociedad del ocio encuentra un sustento jurídico incuestionable en ejemplos jurisprudenciales en los que los individuos afectados actúan de forma colectiva; cual sería el ejemplo de la trascendental STEDH, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 25 de noviembre de 2010 (caso MILIE-VA y otros v Bulgaria; asunto 21475/04), como referente ineludible de que importa a efectos de la protección medioambiental las consecuencias que en materia de molestias por ruidos o intranquilidad trae consigo para un entorno vecinal el contexto de determinadas actividades lúdicas<sup>4</sup>. Proponemos por ello defender la intervención vecinal, y en especial a través de las comunidades horizontales, de propietarios, como legítima vía para la defensa no solo de unos intereses específicos de sus integrantes, sino también de unos intereses que, por imbricarse en el concepto más amplio de la colectividad, pueden llegar a superar la frontera de lo estrictamente privado. Una actuación que en definitiva abarcará tanto la defensa colectiva de sus integrantes, como la salvaguardia de intereses propios de la comunidad horizontal.

## II. EL VELADOR COMO ELEMENTO ACCESORIO DE UNA ACTIVIDAD HOSTELERA Y SU NECESARIO SOMETIMIENTO A CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Centrándonos exclusivamente en la legislación andaluza sobre protección ambiental, es difícil defender que la expansión de la actividad hostelera hacia la calle pueda ser considerada como algo ajeno a esta; que además se viera excluida de cualquier exigencia a nivel de prevención. La actividad hostelera es una actividad clasificada; sometida como tal al mandato de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental —LGICA—. De hecho, dentro de las actividades sometidas a la denominada calificación ambiental se encuentran, por mandato del artículo 41 de la LGICA, los restaurantes,

cafeterías, pubs y bares —Anexo I, 13.32—, y las discotecas y salas de fiestas —Anexo I, 13.33—.

Sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos en torno a las concretas consecuencias jurídicas de la trasposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (conocida como Directiva Bolkestein), el sometimiento de una actividad a calificación ambiental supone que el promotor ha de superar un primer control de legalidad administrativa en relación con el cumplimiento de las exigencias técnico-jurídicas necesarias para obtener una calificación ambiental favorable y consiguiente otorgamiento de la licencia de actividad —artículo 15 Decreto 297/1995, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de calificación ambiental [RCamb]—; y, en segundo lugar, superado este primer trance, la garantía de la salvaguardia de los niveles exigibles de protección medioambiental mediante la imposición de medidas precautorias o correctoras, y su acreditación por técnico habilitado de que el proyecto se ha realizado conforme a las exigencias y correcciones impuestas; certificando, tras las oportunas mediciones, la eficacia de las medidas de protección medioambiental diseñadas en el proyecto de actividad —artículos 15.4 RCamb y 37 LGICA<sup>5</sup>.

El hecho de que la actividad tenga lugar en plena calle o al aire libre, así como que el origen del foco ruidoso sea el propio ser humano, no representa una excepción a este régimen común a cualquier actividad hostelera. Tanto tienen que someterse al trámite de calificación ambiental unos bares ubicados en los bajos de un bloque de pisos, como un kiosco, chiringuito o terraza de verano; y cómo no, la prestación del servicio de atención al público en plena calle mediante veladores, mobiliario exterior auxiliar, o simplemente la apertura de la instalación hacia la calle. Quienes pretenden sostener lo contrario confunden la inexistencia o insuficiencia de una normativa específica que regule distancias mínimas de piezas habitables, elementos de mitigación de la presión sonora o procedimientos específicos de medición o previsión de esta, con una taxativa exigencia medioambiental de no superar determinados niveles de emisión/inmisión; que además parte del principio esencial de la prevención como estrategia prioritaria a la hora de garantizar lo que el legislador define como calidad ambiental. A nivel normativo, las referencias a que esta actividad en plena calle no es una excepción son incuestionables. Así:

1. A la hora de definir, a través en los llamados planes zonales específicos, las medidas restrictivas propias de las zonas acústicamente saturadas —ZAS—, el artículo 20.3, a) del Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética —RPCA—, incluye expresamente la posibilidad de esta-

blecer prohibiciones o limitaciones horarias a la colocación de mesas y sillas en la vía pública, así como la suspensión temporal de las licencias o medios de intervención administrativa en la actividad correspondiente concedidos para su instalación en la vía pública. Los veladores son tratados como un elemento contaminante más que incide negativamente sobre la calidad ambiental de la zona de actuación administrativa.

2. El apartado 2 de la Instrucción Técnica 3, que el RPCA dedica a los estudios acústicos exigidos por su artículo 42.2 a las actividades sometidas a calificación ambiental, se adapta perfectamente a la actividad hostelera desarrollada al aire libre. Emplea conceptos tales como zona de ubicación de la actividad, que no solamente del local; usos adyacentes en contraposición a cerramientos; características de los focos de contaminación acústica, incluidos los posibles «...impactos acústicos asociados a efectos indirectos tales como tráfico inducido, operaciones de carga y descarga o número de personas que las utilizarán»; determinación de los niveles de emisión previsibles, incluyendo todos los emisores acústicos, dentro de los cuales deberán tenerse en cuenta «...los ruidos que por efectos indirectos pueda ocasionar la actividad o instalación en las inmediaciones de su implantación, con objeto de proponer las medidas correctoras adecuadas para evitarlos o disminuirlos»; y previsión dentro de las posibles medidas correctoras de elementos de mitigación del impacto sonoro, tales como pantallas o barreras, propias de emisores sonoros al aire libre. El que la fuente de un foco sonoro esté al aire libre no es motivo de exclusión de su análisis y valoración en el estudio acústico. Este debe ser tenido en cuenta, valorado y objeto en su caso de proposición de medidas correctoras; no como un simple efecto indirecto, sino como uno más de los elementos contaminantes procedentes de la actividad.

3. La Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía —LEPARA—, en su artículo 1.3, dispone de manera inconclusa que el concepto de espacio abierto, se encuentre o no en la vía pública, no es incompatible con la definición de establecimiento o instalación dedicada al desarrollo de una actividad recreativa<sup>6</sup>.

4. Cuando el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía —Nomenclátor—<sup>7</sup> regula en su epígrafe II.8 las actividades hosteleras, que conforme a sus apartados a) a d) pueden expandirse al aire libre en terrazas o zonas accesibles desde su interior, equipara unas y otras como parte de sus instalaciones. Es en el local o en estas expansiones, sometidas igualmente a específica autorización municipal, donde se debe desarrollar la actividad recreativa; y por ello se prohíbe expresamente servir comidas y bebidas fuera de ellas.

A nivel jurisprudencial, la consideración de la actividad hostelera en la calle como una parte más de la instalación, sometida como tal a las exigencias

de prevención y respeto de los límites de contaminación acústica establecidos por la ley, no puede ser más evidente. La STEDH, Sección Tercera, de 18 de octubre de 2011 (caso MARTÍNEZ MARTÍNEZ v España; asunto 21532/08) dejaba patente que el desarrollo de actividades potencial o demostradamente contaminantes al aire libre era merecedor del mismo tratamiento jurídico que las mismas actividades clasificadas desarrolladas en recintos cerrados y acotados<sup>8</sup>. Las SSTS Sala Tercera, Sección 4.<sup>a</sup>, de 29 de mayo de 1998 y 27 de enero de 1999, no muestran el más mínimo reparo en considerar a las terrazas o veladores como parte integrante de la actividad, susceptible de poder ser considerada como ampliación de la misma; y requerida como tal de la pertinente autorización municipal. La misma línea fue seguida, a nivel de Tribunales Superiores de Justicia, por las SSTSJ, de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, 990/2001, de 27 de septiembre; de 12 de abril de 2005, y 578/2012, de 19 de abril; y en el caso de la Comunidad Autónoma valenciana, la STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 1.<sup>a</sup>, 1137/2012, de 29 de septiembre; y más recientemente, en el caso de la legislación andaluza, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, con sede en Sevilla, de 24 de octubre de 2013 (recurso de apelación 395/2013).

Pero sucede que, bien por picaresca, bien por desconocimiento de su verdadera naturaleza, quienes promueven la concesión de licencia o autorización para la colocación de veladores, o simplemente realizan cambios en la instalación tendentes a ampliar el desarrollo de la actividad hostelera en el exterior, lo hacen con posterioridad a la obtención de la licencia de apertura. Es obvio que si el diseño de la actividad partiera de la realidad de la intención de utilización de espacios al aire libre para la atención de la clientela, el correspondiente estudio acústico debería tener en cuenta la potencialidad contaminante de tal actividad al aire libre. Para el supuesto en que ello no fuera así, que el titular del negocio excluyera del expediente tal realidad, bien con intención de sortear posibles trabas a la concesión de la licencia, bien por ser fruto de una ulterior decisión, el legislador cuenta con una herramienta jurídica específica: el sometimiento a idéntico trámite de calificación ambiental de cualquier modificación sustancial de la actividad inicialmente autorizada. La exigencia de superación del trámite de calificación ambiental favorable afecta no solo a la instalación y a las actuaciones directamente relacionadas con esta en su inicial diseño —artículo 19.9 LGICA—, sino también a cualquier modificación sustancial de la misma —art. 19.11—; y es modificación sustancial cualquier cambio o ampliación de actuaciones ya autorizadas «...que pueda tener efectos adversos significativos sobre la seguridad, la salud de las personas o el medio ambiente». Si el desarrollo de la actividad puertas adentro está sometido a calificación ambiental, con todo lo que ello comporta, la situación no debería variar porque exactamente la misma actividad se despliegue hacia la calle. Es más, no hay elemento o barrera que ponga freno al ruido procedente de tal expansión; y la capacidad

de aforo del local se verá implementada de forma relevante con la colocación de mesas y sillas; amén de introducir nuevos focos contaminantes como son la colocación y recogida del mobiliario, utilización de cadenas y focalización de nuevas fuentes de ruido asociadas a la utilización de espacios al aire libre (juegos infantiles, aparcamiento de vehículos, etc.). Así lo han entendido, además, las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia citadas en el anterior párrafo.

Podemos defender, por tanto, que, pese a la reticente tendencia de numerosos Ayuntamientos de nuestra Comunidad Autónoma de Andalucía de ver en la solicitud de utilización de espacios públicos para la ubicación de veladores una mera cuestión de uso de bienes públicos municipales, la expansión hacia la calle o el aire libre de actividades hosteleras comportaría una ampliación de la actividad necesitada, por ser considerable modificación sustancial, de la superación de un nuevo trámite de calificación ambiental idéntico al propio del negocio hostelero del que dependen<sup>9</sup>.

### III. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN MUNICIPAL DE COLOCACIÓN DE VELADORES

#### 1. NOTAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LICENCIA PARA LA COLOCACIÓN DE VELADORES EN LA VÍA PÚBLICA

Cuando un empresario hostelero decide expandir su negocio hacia el exterior de su local pueden llegar a confluir distintos tipos de procedimientos administrativos en función del momento en que se toma la decisión (si con la tramitación de la licencia inicial o como consecuencia de un expediente de modificación por alteración sustancial) y de la naturaleza jurídica del espacio al aire libre que pretenda ocupar o darle tal uso. En el primer ámbito no sería sino el expediente administrativo para el otorgamiento de la licencia de apertura o su modificación; en el segundo, podría tener que adicionarse un expediente administrativo tendente a autorizar el uso de la vía pública para tal menester, y en su caso, autorización de la comunidad de propietarios en que se encontrara ubicada la zona de veladores, cuando el espacio fuera de la propiedad exclusiva de aquella, tuviera o no un destino de uso público.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, desde la aprobación de la LEPARA, el expediente para la concesión de licencia de apertura de establecimiento recreativo partía del principio de la homogeneidad y unidad del trámite —arts. 2.1 y 9—; en el cual se aunarían y coordinarían los distintos aspectos de índole urbanística, medioambiental y sanitaria. La fuerza expansiva de la Directiva Bolkestein, con la publicación de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre

el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha tenido su reflejo en la modificación del artículo 4 del Nomenclátor, en su redacción dada por el citado Decreto 247/2011<sup>10</sup>; el cual ha sometido este tipo de actividades a un régimen de declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad. Sin embargo, esta cierta liberalización de la actividad no ha supuesto una plena derogación del régimen anterior; toda vez que las exigencias a nivel urbanístico<sup>11</sup> y de calificación ambiental permanecen, hoy día, inalteradas. Al menos en mi opinión, la adaptación a la Directiva Bolkestein lo ha sido en la última fase del procedimiento de otorgamiento de la licencia; afectando la declaración responsable a la certificación por técnico habilitado del cumplimiento de las exigencias medioambientales y medidas correctoras impuestas en la calificación ambiental favorable, así como al cumplimiento de las exigencias directamente relacionadas con el inicio o ampliación de la actividad en materia de seguridad ciudadana. Por tanto, en uno y otro caso, la superación del expediente de calificación ambiental, conforme al aún vigente Decreto 297/1995 —RCamb—, implicaría la tramitación de un procedimiento administrativo en el que debería presentarse el correspondiente estudio acústico; y en el que, con posible participación de interesados y colindantes —artículo 13 y 14 del RCamb—, debería superarse un control administrativo previo tendente a la consecución de la calificación ambiental favorable —art. 15—.

Cuando de espacios públicos se tratara, bien sean espacios integrados en el dominio público municipal, o vías privadas de uso público, será preciso, lógicamente, la obtención de una autorización municipal que legitime al solicitante su utilización, en cualquiera de las modalidades que establece la legislación sobre bienes de las Corporaciones Locales. Se trata evidentemente de un expediente administrativo de la exclusiva competencia municipal; desde el punto de vista medioambiental en relación con la competencia igualmente municipal para la autorización de establecimientos hosteleros, así como de la competencia que el artículo 4.2.a) del RPCA les reconoce en materia de protección contra la contaminación acústica; y desde el punto de vista del uso de sus bienes, y dependiendo de la naturaleza del uso que se pretenda hacer de la vía pública, la legislación específica sobre bienes de las entidades locales<sup>12</sup>. Expediente que en cualquier caso debería prever la participación o audiencia de los interesados, en tanto en cuanto se trata de una decisión que puede afectarles profundamente. Sin embargo, desgraciadamente, los ejemplos de ordenanzas municipales que establecen alguna fórmula de participación ciudadana en los expedientes de autorización municipal para la colocación de veladores son realmente casi anecdóticos. De entre el entorno más cercano de la comunidad andaluza, solo podemos citar como ejemplo de directo reconocimiento del derecho de vecinos y colindantes a ser oídos la Ordenanza Municipal reguladora de la ocupación de

la vía pública con terrazas y estructuras auxiliares en Granada, de 8 de enero de 2010 (BOP de Granada núm. 4, de 8 de enero de 2010 —OMV de Granada—)<sup>13</sup>; en la cual su artículo 8 impone al promotor la obligación de notificar a vecinos interesados la existencia de su solicitud, a los efectos de que puedan hacer alegaciones en el expediente<sup>14</sup>.

## 2. EL NOMENCLÁTOR Y EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN

La conocida como Directiva Bolkestein sirvió como punto de arranque en la meteórica legislación nacional que surgió como revulsivo frente a los envites de la despiadada crisis económica que en su creciente fase álgida comenzaba a azotar a España. La finalidad esencial de la Directiva no era sino impulsar la eliminación de trabas burocráticas previas al ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios<sup>15</sup>. Dentro del concepto amplio de servicios<sup>16</sup>, el artículo 4.1 de la Directiva daba perfecta cabida a la actividad hostelera, así como a sus establecimientos. Por ello el legislador español no hizo sino aprovecharse de la obligación de trasponer la norma comunitaria para tratar de dinamizar amplios sectores económicos mediante la técnica de la supresión de requisitos previos de índole administrativa que lastraban el inicio de cualquier actividad.

El punto de arranque vino con la publicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; norma que seguía, más bien copiaba casi literalmente, los principios y exigencias que anticipaba la Directiva Bolkestein. Se asume para ello la filosofía de la ventanilla única y el principio de la simplificación de trámites —arts. 6 y 13—; restricciones a la posibilidad de imposición de regímenes de autorización o condiciones previas para el ejercicio de la actividad —arts. 9 y 10 de la Directiva, y 1 y 5 de la Ley—, y una especial exigencia de justificación y superación de los juicios de no discriminación, proporcionalidad y necesidad en tales supuestos —arts. 5 a 7 de la Ley—. Pero ello no supondría la definitiva defenestración del régimen de autorización previa, sino el establecimiento de claras y taxativas restricciones al ejercicio de potestades administrativas que pudieran imponer un régimen de autorización previa que no estuviera amparado en tales principios.

Dentro de los supuestos en que se permite el sometimiento de una actividad, con o sin establecimiento físico en lugar determinado, a régimen de autorización previa, y de las llamadas razones de imperioso interés general, se encuentra la protección del medio ambiente y del entorno urbano —arts. 4.11, 5.d) y 7.2.a) de la Ley<sup>17</sup>—. El propio legislador comunitario era consciente de que la liberalización de las actividades no era óbice para la previa garantía del respeto de los condicionantes medioambientales impuestos por otras disposiciones de la

Unión Europea destinadas a dar contenido al principio de garantía de «...un nivel elevado de protección del medioambiente y la mejora de su calidad», recogido en el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFUE—<sup>18</sup>. De este modo, las actividades del ramo de la hostelería, como actividades que afectan directamente al medio ambiente y al entorno urbano podrían ser sometidas a un régimen de autorización previa en los términos a que se refiere el artículo 9.1.b) de la Directiva; siempre con pleno respeto a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Es evidente que las nuevas leyes, reglamentos u otras disposiciones de carácter general que, en materia de regulación de servicios sometidos al mandato de la Directiva Bolkestein, se dictaran tras la entrada en vigor de la Ley 17/2009 el 24 de diciembre de 2009 —Disposición Final 6.<sup>a</sup>— habrían de adaptarse a lo dispuesto en ambas normas. Pero la situación es más compleja en lo referente a la normativa nacional, autonómica o local previa a su entrada en vigor. El legislador optó por la solución fácil de imponer un mandato normativo al Gobierno para la adaptación de su normativa propia con rango de ley a aquellas —Disposición Final 5.<sup>a</sup>, apartado 1—; a la vez que acudía a una compleja fórmula de derogación de todo aquello que se opusiera a sus disposiciones —Disposición Derogatoria, apartado 1—, con una ultractividad de escasamente cinco días<sup>19</sup> respecto de aquellas normas incompatibles con la Ley 17/2009<sup>20</sup>.

El legislador nacional tuvo en cuenta que aquellas normas nacionales, estatales o autonómicas que, estando vigentes a su entrada en vigor, no entraran en conflicto con el mandato de la Ley 17/2009, no se verían afectadas por el régimen de eliminación de la limitación o condicionamiento previo al libre ejercicio de servicios. En tanto en cuanto disposiciones de carácter general de ámbito nacional, autonómico o local pudieran superar los juicios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad exigibles para la legítima imposición de un régimen de autorización previa a concretas modalidades de servicios o actividades, podría entenderse que las mismas daban cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2006/123; y ello sin necesidad de que se dictara una disposición que expresamente así lo dispusiera con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva y de la ley nacional que la desarrolla. Buena muestra de ello es la alocución que se hace al carácter eminentemente normativo de la nueva redacción de los artículos 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJAPPAC— y 84 bis de la Ley 7/1985, de 23 de noviembre, reguladora de las bases de régimen local —LRBRL—, introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —Ley omnibus—, en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 23/2013, de 29 de enero —párrafo tercero del Fto. Jco. 2.<sup>º</sup>—<sup>21</sup>.

Sin embargo, la introducción de los instrumentos de la declaración responsable y la comunicación previa en leyes tan troncales como eran la LRJAPPAC —art. 71 bis— y la LRBRL —art. 84 bis—, con la pronta publicación de la Ley 25/2009, llegó a hacernos pensar prematuramente en la aniquilación de los cimientos esenciales de nuestro consolidado procedimiento administrativo, tal y como era entendido hasta entonces; como defendiera, entre otros BAUZÁ MARTORELL<sup>22</sup>, concluyendo que: «...lejos de afectar a relaciones sectoriales por la vía de la especialidad, desde la Ley 30/1992 la declaración responsable y la comunicación previa se incardinan en el procedimiento administrativo general y básico del ordenamiento español, manteniendo estos caracteres de general y básico para el resto de procedimientos especiales, así como de los procedimientos regulados en sede autonómica en virtud del principio de competencia». Pero frente a tal afirmación cabe hacer al menos tres matizaciones:

1. En primer lugar, es evidente que no toda la normativa sectorial permite una simplificación tal del trámite que haga innecesario un concreto desarrollo normativo que adapte el principio del libre inicio de la actividad a las necesidades genuinas de cada ámbito del derecho administrativo sectorial. De hecho, el propio artículo 71 bis.3 de la LRJAAPPC —es consciente de que tal simplificación habrá de adaptarse a lo que se establezca en cada legislación correspondiente sobre los efectos que declaración responsable y comunicación previa produzcan; incluida desde luego la elección del instrumento jurídico adecuado para cada caso concreto.

2. El propio legislador ha asumido la realidad de que la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico hace necesaria, para no caer en el piélagos de la inseguridad jurídica, una adaptación paulatina a los distintos sectores del ámbito de la prestación de servicios regulados o sometidos al Derecho Administrativo. Buena muestra de ello serían la propia Ley Ómnibus, nacida para dar cumplimiento al mandato del apartado 1 de la Disposición Final Quinta de la Ley 17/2009, afectando en concreto a las actividades industriales; respecto de los centros comerciales, la Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; en cuanto a las actividades sometidas al trámite de evaluación de impacto ambiental, la Ley 6/2010, de 24 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero<sup>23</sup>; a determinadas actividades comerciales, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; y ampliando aún más el espectro de actividades comerciales eximidas de autorización previa, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios<sup>24, 25</sup>.

3. Pero el tercer argumento que pone en serio compromiso tal posición doctrinal es el de la difícil reubicación de la garantía del derecho de audiencia de los interesados conforme al artículo 105.c) de la Constitución, que con

carácter general viene reconocido por los artículos 84 y 86 de la LRJAPPAC, en los trámites administrativos afectados por la Ley 17/2009. Es evidente que el control a posteriori que sugieren las dos normas citadas anteriormente no cumple con el derecho constitucional de configuración legal que establece dicha norma constitucional. Resulta incuestionable que aquellos supuestos en los que, estableciéndose un trámite específico de audiencia a concretos interesados o información pública, o simplemente no pudiera considerarse oportuna la cláusula de exclusión establecida en el primer apartado del artículo 86 de la LRJAPPAC, sería necesaria una concreta regulación que adaptara dicho trámite a tales expedientes administrativos desregularizados.

Con la introducción en nuestro ordenamiento interno de la Directiva Bolkestein, las leyes nuevas que se dicten con posterioridad estableciendo regímenes de autorización previa habrán de ser objeto de interpretación restrictiva; tal y como sugiere la STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Secc. 3.<sup>a</sup> de 27 de febrero de 2012 (rec. 191/2010). Ello comportará que solamente en aquellos supuestos en que así expresa o implícitamente se disponga deberá entenderse procedente el sometimiento a autorización previa. Pero igualmente debe entenderse que los cambios normativos que se produzcan habrán de respetar el principio de jerarquía normativa; que si bien conforme a la Disposición final tercera, apartado 2 de la Ley 17/2009, comprenderá a las disposiciones reglamentarias estatales precisas para dar cumplimiento a su mandato normativo, desde luego debe entenderse siempre con pleno respeto de la jerarquía normativa propia de los ámbitos autonómicos y local<sup>26</sup>. Las leyes o normas reglamentarias anteriores se someterán igualmente a interpretación restrictiva, y a la vez a un rigoroso examen sobre su adaptación a los criterios de no discriminación y superación de los principios de necesidad y proporcionalidad; que podrá bien dar lugar, en caso de incompatibilidad, a poder ser consideradas derogadas en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria, apartado 1, de la Ley 17/2009, o permanecer indefinidamente vigentes, pese a contravenir el mandato comunitario, cuando las consecuencias de la derogación del régimen de autorización previa no permitiera su integración con el resto del texto normativo o su interpretación a la luz de la Ley 17/2009.

Pero lo que no puede entenderse es que se exija de la norma que impone la restricción al libre acceso a la actividad o servicio una explícita motivación de las razones que permitan concluir que en el supuesto específico concurren los requisitos de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad en la imposición del régimen de autorización previa. Frente a la opinión mantenida por la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2.<sup>a</sup>, 578/2012, de 19 de abril, ni del mandato de la Disposición Adicional 4.<sup>a</sup>, ni del apartado 2 de la Disposición Final 5.<sup>a</sup> de la Ley 17/2009, se deduce la existencia de una especie de requisito formal de validez de las disposiciones de carácter general que alberguen una tal imposición del régimen de autorización previa. La obligación de comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores de memoria justificativa

de las razones por las que se opta por tales regímenes o de las disposiciones que se han modificado con motivo de la adaptación al mandato de la Directiva Bolkestein lo es a los efectos de dar cumplimiento a la obligación que se impone en el artículo 44 de esta de informar sobre la penetración real de los objetivos de la Directiva en el derecho interno de cada Estado miembro. No es otra la intención del legislador; y su incumplimiento no tendría por qué afectar a la validez misma de la disposición de carácter general en cuestión. En otras palabras, la validez de una imposición por disposición de carácter general de régimen de autorización previa dependerá del carácter justificado y no discriminatorio de la imposición; no del hecho de que se haya comunicado o no la modificación normativa o su tramitación al Ministerio de Asuntos Exteriores, o del carácter suficiente o insuficientemente motivado de la memoria justificativa.

Adentrándonos ya en el supuesto de las actividades del ramo de la hostelería, ya hemos anticipado cómo la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, 303/2011, de 17 de febrero, amparándose en el tenor literal del considerando noveno<sup>27</sup> de la Directiva Bolkestein, se hacía eco de la posibilidad de exclusión del régimen general del libre acceso a los servicios de aquellos cuya prestación afectara a aspectos tales como la ordenación del territorio y ordenación rural, urbanismo y normas de construcción. Y lo hacía encuadrando el ámbito de la concesión de licencias de actividad en la esfera del urbanismo. Siguiendo esta posición, evidentemente, no es que todas y cada una de las modalidades de actividad hostelera debieran someterse necesariamente al requisito de la autorización previa; sino que podría imponerse o exonerar tal traba administrativa en función de la afectación real de los valores y principios jurídicos que están detrás del ámbito del urbanismo; y entre ellos, desde luego, la posible degradación del medio ambiente asociado al ejercicio de la actividad en cuestión<sup>28</sup>. Y esta aparenta ser precisamente la opción del legislador estatal cuando, al modificar con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la redacción originaria del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 7 de la Ley 17/2009, distingue con claridad entre lo que es una actividad de servicios de un establecimiento físico<sup>29</sup>, en orden a permitir la exigencia de autorización previa por cada establecimiento, cuando la misma sea susceptible de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico; «...evaluándose este riesgo de acuerdo con las características de las instalaciones», apostilla. La misma idea de esta distinción y del sometimiento a régimen de concurrencia, en su caso, ha encontrado su acomodo respecto de la legislación local en el artículo 84 bis.2 de la LRBRL, en su redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local; con relevante mención como elementos justificadores de la imposición de un régimen de autorización previa de criterios basados en la capacidad o aforo de la instalación y la contaminación acústica. Idea esta que igualmente ha resultado

avalada, a nivel de la garantía de la unidad de mercado, en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; al excluir del principio de eficacia en todo el territorio nacional de actuaciones administrativas, entre otros, a los «...actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público».

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la necesidad de ocupación de determinado espacio del dominio público puede justificar sin lugar a dudas la imposición de un procedimiento de autorización previa; siempre y cuando la restricción, aparte de basarse en un principio de no discriminación, como nos recuerda la calendada STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2.<sup>a</sup>, 578/2012, de 19 de abril, se base precisamente en la titularidad misma del bien y carácter discrecional de la autorización de uso, o en el sometimiento de la autorización a un régimen de concurrencia basado en los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

Al menos en mi modesta opinión, no debería entenderse que todo cuanto incumbe a una actividad hostelera atañe al concepto de urbanismo; pues convergen intereses, principios y prioridades diversos en uno y otro. Es evidente que el urbanismo tiene que ver con la calidad de vida, respeto del medio ambiente y planificación del uso racional del suelo; pero cuestiones tales como la higiene, salubridad y seguridad públicas trascenden el concepto amplio de lo que puede entenderse como urbanismo a los efectos del posible sometimiento de régimen de autorización a establecimientos físicos de concretas actividades de servicios. Por ello sería más adecuado distinguir uno y otro ámbito; y en su caso, compaginar unos y otros medios de intervención en un expediente administrativo único.

Y este es precisamente el ejemplo seguido por la actual redacción del artículo 4 del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, cuando somete la apertura de establecimientos públicos fijos dedicados a la celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas permanentes y de temporada a declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. Se distingue por ello aquello que afectaría al ámbito medioambiental y urbanístico (obtención de calificación ambiental favorable y licencia de obras) de lo referente al inicio de la actividad como actividad recreativa; si sometida como tal a este régimen más favorable de la declaración responsable, tanto en cuanto respecta al inicio de la actividad, como en lo referente a cuantas modificaciones o alteraciones se produzcan en lo sucesivo —art. 4.3—. Norma que, por otra parte sí cumple con la exigencia formal del artículo 44.1, párrafo tercero de la Directiva 2006/123.

Pese a su aparente finalidad clasificadora, el llamado Nomenclátor es una norma jurídica que establece los límites de lo permitido para cada una de las actividades recreativas; y en concreto para las actividades del ramo de la hostelería. La norma prohíbe el desempeño de más actividades que las propias

que determine la modalidad de actividad correspondiente; e impone además un principio de prohibición de acumulación en un mismo establecimiento de actividades incompatibles entre sí por razón de lo dispuesto en la normativa sectorial o «...porque difieran entre sí en cuanto al horario de apertura y cierre reglamentariamente establecido para cada una de ellas, en la dotación de medidas y condiciones técnicas de seguridad y de protección ambiental exigibles o en función de la edad mínima o máxima del público al que se autoriza el acceso a las mismas» —art. 4.6—. En consecuencia, la instalación de veladores u otras formas de expansión de la actividad hostelera hacia la vía pública habrá de ajustarse a las exigencias de compatibilidad y tramitación administrativa impuestas para cada modalidad en el Nomenclátor. Y es de resaltar cómo la posibilidad de tal expansión a dichos espacios abiertos, fuera de la instalación en sí, solamente se permite respecto de las actividades clasificadas como restaurantes, autoservicios, cafeterías y bares —Epígrafe III.2.8, apartados a), b) y c)—; en tanto en cuanto solamente respecto de ellos se permite la dispensación de comidas y bebidas «...para su consumición en mesas situadas en el local o, previa autorización municipal, en terrazas o zonas accesibles desde su interior». Ello supone que tal expansión quedaría vedada a otros establecimientos hosteleros tales como pubs y bares con música —apartado d) de la anterior subdivisión—; y los establecimientos de espacimientos en general relacionados en el Epígrafe III.2.9 —salas de fiesta, discotecas y discotecas de juventud—; a excepción de las salas de celebraciones, a las que se permite contar con zonas contiguas al aire libre exclusivamente destinadas para la consumición de comidas o bebidas, siempre y cuando la reproducción sonora de música o las actuaciones en directo, de existir, se desarrolle necesariamente en zonas cerradas debidamente aisladas acústicamente conforme a las normas sobre la calidad del aire<sup>30</sup> —apartado d) del Epígrafe III.2.9—. Tal diferenciación cuenta con el aval incontestable de la STSJ de Andalucía, Secc. 2.<sup>a</sup>, con sede en Sevilla, de 24 de octubre de 2013 (rec. de apelación 395/2013), que, frente a la opinión del órgano de instancia, ve en la no inclusión de la referencia a la expansión de tales actividades hacia la calle no un simple error del reglamento, sino una incontestable opción del redactor de la norma. Es evidente que concurrían razones medioambientales y de seguridad y tranquilidad pública, e incluso incompatibilidades<sup>31</sup>, suficientes como para excluir a tales establecimientos de la posibilidad de expandirse hacia el aire libre, fuera de la instalación. Tal prohibición, *lege data*, es absolutamente incontestable; por lo que establecimientos tan de moda como los cafés con ambientación musical, con o sin servicio de comida que tanto proliferan por nuestra geografía, simplemente están desarrollando una actividad ilícita.

Por último, y esto es muy importante, tal expansión hacia el aire libre, tanto en terrazas como en zonas contiguas al establecimiento que sean accesibles desde su interior, de los establecimientos hosteleros que sí lo tienen permitido por el Nomenclátor, está sometida a la previa autorización municipal; que podrá

ser, como seguidamente desarrollaremos, bien una autorización de uso de la vía pública, cuando se trate de ubicaciones fuera del establecimiento, bien la superación de la calificación ambiental conjuntamente con la instalación interior, cuando se ocupe terreno propio o de uso propio. En uno y otro caso, y en función de la titularidad de la instalación, la participación de las comunidades de propietarios afectadas podrá ser completamente distinta.

### 3. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE COLOCACIÓN DE VELADORES AL AIRE LIBRE

Si ya hemos defendido que la colocación de veladores al aire libre constituye en sí misma parte de la actividad sometida a calificación ambiental, es fácil comprender cómo hemos de partir de la base de que, bien en la solicitud inicial, bien en expediente de modificación por alteración sustancial de las condiciones de la licencia, se habrá de dar participación a las comunidades de propietarios colindantes, de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 del RCamb; sin perjuicio de la posible participación de otras comunidades cercanas a través del trámite de información pública. La escasa jurisprudencia que ha abordado directamente esta cuestión ha sido tajante en este punto. Baste con citar los incontestables ejemplos de las SSTS, Sala Tercera, Sección 4.<sup>a</sup>, de 29 de mayo de 1998 (rec. 5050/1992), reconduciendo la tramitación del expediente de concesión de la licencia de ocupación del espacio público al trámite establecido en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas —RAMINP—, por realizarse una actividad que requeriría de una autorización específica; y más específicamente, la posterior de la misma Sección 4.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 1999 (rec. 1719/1992), exigente de su sometimiento, además, a trámite de audiencia de los interesados.

El posible necesario consentimiento a la expansión de la actividad se hará depender, sin embargo, de la naturaleza del espacio en el que el hostelero pretenda establecerse.

#### A) *Ocupación de la vía pública*

La ocupación de la vía pública por parte de establecimientos de hostelería requiere, como no podía ser de otra forma, de la preceptiva autorización municipal, como cualquier otra utilización del dominio público más allá del mero uso común general; como es obvio. No nos interesa en este punto entrar en debate sobre la naturaleza de uso común especial o privativo que determinadas instalaciones hosteleras traen consigo, en función del agotamiento del

uso para otras finalidades que pudiera deducirse del empleo de determinadas infraestructuras más o menos fijas que cada vez proliferan con más descaro por nuestro paisaje urbano. Desde este punto de vista, la participación de las comunidades de propietarios habría de encajarse más bien en el trámite procedural de la calificación ambiental; en el bien entendido que tales comunidades habrán de tener la oportunidad de ser oídas, no de recabarse su consentimiento.

La concesión de la autorización municipal de licencia para el uso común especial de determinado suelo público perteneciente al demanio municipal suele encuadrarse en el contexto de la discrecionalidad administrativa; aunque sería más acertado hablar de un concepto de discrecionalidad atenuada<sup>32</sup>, amparada en la existencia de una concreta causa de interés público que en términos de razonabilidad justifique una posible denegación. En este sentido, y aplicando este criterio de razonabilidad al supuesto de posible causación de molestias al vecindario, en concreto dimanantes de la contaminación acústica asociada a la colocación de veladores, se ha llegado a considerar que no era causa suficiente para la denegación de la licencia de ocupación de la vía pública la oposición manifiesta de los vecinos —STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.<sup>a</sup>, de 13 de enero de 2005 (rec. 533/2005)—; y en el sentido contrario, se ha llegado a considerar ajustada a derecho la decisión municipal de reducir en dos tercios el número de mesas objeto de solicitud para tratar de garantizar de este modo el descanso de los vecinos —STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2011 (rec. 432/2011)—.

Pero con esto no queremos decir que vecinos y comunidades de propietarios colindantes no tengan derecho alguno a manifestar su opinión en el expediente de autorización o en el procedimiento para la concesión de sus prórrogas; o incluso para abrir la vía de la revocación de la licencia concedida. En uno y otro supuesto presentan un indiscutible interés legítimo en intervenir en defensa de unos intereses jurídicos que les son incuestionables. Las Ordenanzas Municipales, sin embargo, suelen ser escasamente permeables a estas opciones. Con la sola excepción de la OMV de Granada, que sí prevé un trámite específico de audiencia de colindantes, lo más parecido a una concreta participación ciudadana se encuentra en la OMV de Sevilla, donde solamente se da participación en expedientes de revocación o no renovación de licencia en que consten sanciones por molestias en el desempeño de la actividad hostelera. En los demás ejemplos que podemos analizar a nivel de capitales de provincias cercanas, la referencia que se hace al vecindario es como simple objeto digno de protección jurídica ante las posibles molestias derivadas del ejercicio de la actividad hostelera<sup>33</sup>; o cuando determinados intereses concretos de colindantes pudieran verse afectados, como sucede cuando se produce una superación de la línea de fachada del local con afectación de fachada de edificaciones colindantes, con las molestias

que ello supone en orden a la limitación de vistas, ornato o limitación al paso de personas<sup>34</sup>.

Las administraciones locales suelen relacionar, a los efectos de cumplimentar el trámite de audiencia, el concepto de colindantes con aquellas viviendas que lindan físicamente con el local hostelería y las comunidades de propietarios, que no mancomunidades, a las que estos pertenecen; dirigiendo la notificación de la existencia del procedimiento y puesta de manifiesto del expediente al que se refiere el artículo 14 del RCamb, a los primeros personalmente y a los segundos a través de la representación que los últimos ostentan de la comunidad por mandato del artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 27 de junio, de propiedad horizontal —LPH—. Será obligación del presidente, sin duda, hacer llegar a todos los comuneros la notificación de la incoación del expediente para su debido conocimiento; tome o no la iniciativa de promover el planteamiento de alegaciones a nivel de la comunidad<sup>35</sup>. Evidentemente, la vía de la puesta en conocimiento a la comunidad de propietarios abre la posibilidad de que cualquier vecino que se considere afectado por la ampliación de la actividad, no necesariamente los colindantes directos, pueda hacer alegaciones en el expediente. La norma no establece la condición de colindante a una comunidad de propietarios para que hubiera de intervenir como tal a través de sus órganos soberano o de representación. Cualquier comunero está legitimado para hacer alegaciones en su condición de interesado; sin necesidad de convocatoria de una junta de propietarios extraordinaria en la que se vote el parecer de la comunidad, ni actuar por tal motivo en interés de esta. Nos encontramos en este momento en un trámite de audiencia, no en el ejercicio de una actuación comunitaria.

*B) Espacios comunitarios de uso público y zonas comunes de uso público de entidades de conservación*

El planeamiento urbanístico a gran escala, a nivel de grandes unidades urbanísticas donde proliferan las calles particulares, generalmente peatonales o destinadas al acceso a plazas de aparcamientos, ha dado paso a la previsión normativa de gravámenes jurídicos de naturaleza administrativa, afectaciones al uso público que perfectamente podrían ser calificadas como auténticas servidumbres administrativas<sup>36</sup>; que sin convertir tales vías en bienes de dominio público municipal, imponen un uso público idéntico al de los viales de titularidad municipal. La propiedad no deja de ser privada; pero su uso, a través de su afectación en virtud de lo dispuesto en el correspondiente planeamiento urbanístico los convierte en bienes privados de uso público. Tal calificación administrativa viene recogida expresamente en el artículo 3.3 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía —RLABEL—; que establece como momento en que la afectación

tiene lugar el de la cesión del bien a la entidad local conforme disponga la legislación urbanística; es decir, tras la realización del acto de recepción en los términos a que se refiere el artículo 153 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía —LOUA—.

La afectación al uso público supone por una parte una obligación de la entidad local de mantenimiento del vial afín a tal destino<sup>37</sup>; pero a su vez la expansión de las prerrogativas municipales sobre su uso. Nada impediría, en un principio, reservar dichas vías al destino propio de los viales: un uso común general. Pero por la misma razón, y siempre con respeto a las limitaciones marcadas en el convenio o instrumento urbanístico en el que se base la afectación, podrá autorizar al menos determinados usos comunes especiales, entre los que podrán encontrarse sin duda alguna la colocación de veladores por parte de establecimientos de hostelería. Así lo dio a entender la STS, Sala Tercera, Sección 4.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 1994 (rec. 1633/1991); cuando confirma la posibilidad de que Ordenanzas municipales dicten disposiciones que garanticen la utilización pública de las calles particulares sometidas a tal afección, y por ende controlen el aprovechamiento que hagan particulares de las mismas; pese a que ello no suponga una aplicación en bloque de la normativa específica sobre utilización del dominio público municipal mediante colocación o instalación de terrazas o veladores<sup>38</sup>.

Sin embargo la propia situación del principio de la razonable compensación a que se refiere la citada STS Sala 3.<sup>a</sup>, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2001 (rec. 5195/1996), lleva a plantearnos si realmente esa especial situación jurídica no nos lleva a la necesidad de someter la relación entre las comunidades o mancomunidades propietarias del vial a los parámetros definidores de la buena fe contractual y la equidad; que lleva a la Ararteko/Defensora del Pueblo del País Vasco, en su citado Informe de 2003, a sugerir que propietarios y entidad local rijan su relación en términos de justicia, lealtad, honradez, lógica y equidad; lo que supondría, en palabras del meritado informe, que hago propias, «...la necesidad de garantizar una adecuada compensación del municipio por el uso público que se obtiene de una propiedad privada». Y esta justa y equitativa compensación no puede pasar sino por evitar en la medida de lo posible que esa afección que pesa sobre lo que no deja de ser un terreno privado, no se haga aún más gravosa para los comuneros, mediante la imposición de usos más intensivos de la vía que atentan a su propia calidad de vida; como sería la imposición de terrazas de veladores al aire libre. Aunque no se llegara a establecer previsión alguna sobre tal particular en la correspondiente OMV, es evidente que tal situación específica de sacrificio concreto soportado por los comuneros debería ser un factor de gran peso a la hora de fundamentar una decisión municipal sobre la autorización o denegación de una solicitud de licencia para la colocación de veladores; de suerte que la negativa expresada por la comunidad a tal colocación se convirtiera en auténtico baldón difícilmente superable en

el aquilatado ámbito de discrecionalidad de la decisión municipal; aparte que causa razonable para impugnar tal decisión.

En este sentido, todo hay que decirlo, son habituales las OMV que imponen como requisito *sine qua non* para la concesión de licencias de colocación de veladores la autorización expresa de las comunidades que ostenten la propiedad del vial; aparte, desde luego, del cumplimiento del resto de los condicionantes establecidos en la Ordenanza y en la normativa medioambiental y actividades recreativas. Tal es el caso de las OMV de Huelva y Granada; y de Jaén<sup>39</sup> y Córdoba, aunque lo hagan excluyendo de la Ordenanza tales terrenos; no así en la OMV de Sevilla, cuyo artículo 6 incluye las mismas dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa en su concesión.

En tanto en cuanto la normativa local haga precisa la prestación del consentimiento de los titulares de la vía, el recabo del consentimiento de cada una de las comunidades de propietarios que sean cotitulares, o cuando menos aquellas que colindan con el vial, no mostrará diferencia alguna con el supuesto de ubicación en terrenos privados; al que haremos referencia en el apartado siguiente. A salvo el supuesto de que se trate de una mancomunidad, es evidente que el consentimiento, sea por unanimidad o mayoría de todas las juntas de propietarios afectadas, deberá recabarse de todas y cada una de ellas.

La situación varía, sin embargo, al menos en mi opinión en el supuesto de viales de uso público gestionados por entidades urbanísticas de conservación. El artículo 153.4 de la LOUA define a las entidades de conservación como: «Entidades de derecho público, de adscripción obligatoria y personalidad y capacidad jurídicas propias para el cumplimiento de sus fines, desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras». Al asumir la gestión de la conservación de las obras de conservación, sin perjuicio de lo establecido en los estatutos que las rijan, es evidente que, dentro del destino al uso común general que les corresponde como tales viales, debería corresponder a las mismas, y no a la entidad local que las tutele, la decisión sobre autorizar o no la colocación de veladores en los viales o espacios públicos que integren la entidad colaboradora. En tanto en cuanto se encomienda la gestión de los terrenos privados afectos a un uso público a la entidad urbanística de conservación, debería de ser a esta, y no a la entidad municipal tutelante, a quien correspondiera tal decisión. Serán los concretos estatutos, y en su caso las normas sobre propiedad horizontal, si la entidad se ha constituido como mancomunidad o comunidad de propietarios —art. 153.5.c) de la LOUA—, los que establezcan el órgano y procedimiento para la concesión o denegación de la autorización.

### *C) Zonas comunes privadas de comunidades horizontales*

Los espacios comunes que, no estando afectos a un uso público, pertenecen a una comunidad de propietarios quedan en cualquier caso fuera del régimen

de autorización municipal. Pero ello no quiere decir que no deban los titulares del establecimiento hostelero instar una autorización específica por parte de la entidad local correspondiente. Baste para ello con recordar los claros términos del Nomenclátor, cuando en sus apartados a), b) y c) del Epígrafe III.2.8 exige, de las actividades de prestación de comidas y bebidas en terrazas o zonas accesibles desde su interior, la «...previa autorización municipal». Se trata sin duda de una autorización plenamente incardinada en su dimensión medioambiental y de protección de la paz y seguridad ciudadana a la que están sometidas las actividades recreativas.

Sin embargo, es evidente que la sola obtención de la autorización administrativa, a salvo lo que establezcan título constitutivo u estatutos de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la LPH, ni es suficiente ni vincula a la comunidad propietaria. La posibilidad de uso de espacios comunes de una comunidad de propietarios o mancomunidad atañe exclusivamente al Derecho Privado, al régimen de propiedad horizontal. Soportales, accesos peatonales, jardines o zonas comunes de una determinada comunidad de propietarios, tengan o no acceso directo a la vía pública, que no estén sujetos a un uso público no podrán ser ocupados por mesas y veladores de un establecimiento hostelero, aún integrado en la comunidad, sin la autorización o consentimiento expreso o tácito de aquella. Por ello, en tanto en cuanto no supongan limitación del derecho de otros comuneros, la comunidad es libre, dentro de los márgenes que permitan título constitutivo, estatutos, y en su caso norma de régimen interno —artículo 6 de la LPH— de disponer el uso que estime oportuno para dichas zonas. Podrán, de este modo, prohibir cualquier tipo de actividad hostelera, limitar horarios de uso de las zonas comunes de forma más restrictiva que la establecida por la normativa sobre horarios de apertura de establecimientos recreativos; o incluso autorizar el cerramiento de las zonas comunes como forma de evitar la aglomeración de personas en estas. La única limitación que se llega a reconocer a nivel jurisprudencial en este punto es la de restricción del uso por clientela de establecimientos comerciales u hosteleros, cuando para acceder a los mismos ha de transitarse necesariamente por las zonas comunes. Así lo entendió taxativamente la STS Sala 1.<sup>a</sup>, 579/2009, de 16 de julio; estableciendo como doctrina jurisprudencial que: «Para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría en la junta de propietarios de una comunidad, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de la urbanización, mediante puertas o cancelas, habrá que respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia»<sup>40</sup>.

Es evidente, por ello, que el titular de negocio hostelero que pretenda extender su actividad hacia las zonas al aire libre de la titularidad de la comunidad en la que se encuentre ubicado su local deberá recabar el consentimiento de

esta; y, aparte de dar cumplimiento a las normas sobre horario de apertura de los veladores<sup>41</sup>, lógicamente someterse a los condicionantes que legítimamente le pueda imponer la comunidad de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la LPH. Se discute sobre el tipo de mayoría que debe obtenerse en junta de propietarios para tal autorización. La jurisprudencia menor se muestra especialmente firme en considerar que tal ocupación requiere de la unanimidad en los términos a que se refiere el actual artículo 17.6 de la LPH, al sostener que en los denominados elementos comunes no se puede efectuar alteración alguna, salvo que lo consentan todos los demás dueños; dado que se entiende que ello afecta al título constitutivo —SAP de Castellón, Secc. 1.<sup>a</sup>, 68/2006, de 7 de abril<sup>42</sup>; SAP de Zaragoza, Secc. 5.<sup>a</sup>, 392/2011, de 6 de noviembre; SAP de Madrid, Secc. 12.<sup>a</sup> 210/2010, de 29 de marzo; SAP de Madrid, Secc. 13.<sup>a</sup>, 450/2009, de 6 de octubre; y SSAP de Sevilla, Secc. 6.<sup>a</sup>, 629/2004, de 14 de diciembre y 18/2010, de 24 de enero, no mostrando esta última ningún reparo para estimar demanda interdictal de comunidad frente a propietario hostelero que ocupara parte de espacios comunes con veladores, al considerar que nos enfrentábamos a una utilización particular y excluyente de cualquier otra de elementos comunes—. Aquí no estamos hablando ya de la diferencia entre usos comunes especiales o usos privativos tan propia del derecho administrativo; toda vez que la colocación de veladores con vocación de permanencia en el tiempo supone un uso excluyente de las zonas comunes, de las que se priva al resto de los comuneros. Solamente en supuestos en los que la utilización de tales espacios fuera esporádica, y desde luego que compatible con otros usos por el resto de los comuneros, podríamos pensar en situaciones inocuas o susceptibles de ser específicamente autorizadas por acuerdo mayoritario conforme al artículo 17.7 de la LPH o por las normas de régimen interior<sup>43</sup>.

#### *D) Espacios privados del inmueble o local comercial donde se ubica el velador*

Lo dicho en el apartado anterior en lo referente a que los apartados a) b) y c) del Epígrafe III.2.8 Nomenclátor exigen de la correspondiente utilización municipal para la colocación de veladores al aire libre por parte de los establecimientos hosteleros que lo tienen permitido afecta igualmente a los espacios privados al aire libre de establecimientos hosteleros que tengan acceso desde su interior. Así lo entiende igualmente el artículo 1.3 de la LEPARA, que no hace distingos a la hora de considerar igualmente instalación los espacios abiertos destinados por un establecimiento recreativo a una tal actividad, se encuentren o no en la vía pública.

Más allá de su intervención en el correspondiente expediente administrativo de autorización de la actividad o de su ampliación, las comunidades de propietarios nada tienen que hacer. No tienen para ello más vía que el ejercicio de

acciones de cesación o acciones de reclamación de cese de molestias dimanantes de la actividad en base al debido respeto propio de acciones de vecindad. Solamente un título constitutivo o estatutos que prohibieran taxativamente una determinada actividad como la hostelería, o al menos su expansión a zonas al aire libre del local, permitiría a la comunidad oponerse con éxito a tal pretensión del empresario hostelero. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra en este punto tajante; pudiendo citar, a modo de ejemplo, entre las más recientes, las SSTS, Sala Primera, 928 y 929/2008, de 20 de octubre; y 1152/2008, de 27 de noviembre<sup>44</sup>.

*E) El ignominioso ejemplo de las zonas comunes privadas de comunidades horizontales con previsión estatutaria de posibilidad de uso para colocación de veladores*

Cada vez se está haciendo más habitual en la práctica de las promociones inmobiliarias la reserva, bien en el título constitutivo, bien en los estatutos, de cláusulas que permiten expresamente al titular de determinados locales que dan a zonas comunes privativas o de uso público la colocación de veladores. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de hecho, no ha considerado que en términos generales pueda entenderse que nos encontramos ante un obrar ilícito del promotor inmobiliario. El más claro exponente de esta posición doctrinal puede encontrarse en la STS, Sala Primera, 786/2009, de 11 de diciembre<sup>45</sup>; en la cual se llega a concluir que como quiera que los contratos privados de compraventa en los que se incluía la cláusula de delegación no suponían la transmisión del dominio, seguía siendo en ese mismo momento el promotor el único propietario del inmueble, por lo que tendría legitimación legal tanto para dar forma o modificar título constitutivo y estatutos en los términos referidos en el artículo 5 de la LPH<sup>46</sup>. Es así que el párrafo tercero del mencionado artículo 5 de la LPH permite que por vía estatutaria se definan «...reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio». Incluso se ha llegado a plantear en la STS, Sala Primera, 291/1999, de 30 de marzo, la inatacabilidad del título constitutivo modificado unilateralmente por el promotor, con posterioridad a la firma de contrato privado de compraventa de una de las viviendas que conformaban la copropiedad sin entrega de la posesión; sin perjuicio de la posible responsabilidad contractual en la que pudiera haber incurrido aquel por contravención de lo pactado en el contrato privado en cuanto a la concreta atribución de cuotas<sup>47</sup>.

Ciertamente, si vemos al promotor como el propietario de todo el edificio que se somete a división horizontal; y que, en consecuencia, puede hacer sobre ella lo que le plazca, siempre y cuando no contravenga normas de derecho imperativo, en los términos descritos en el citado párrafo 3 del artículo 5 de la

LPH, tal conclusión podría plantearse inatacable. Pero podemos encontrar dos vías a través de las cuales podría relativizarse seriamente tal planteamiento: En primer lugar, buena parte de las normas que regulan la propiedad horizontal deberían considerarse *ius cogens*, y por tanto indisponibles para el promotor o dueño del inmueble sujeto a división horizontal; en segundo lugar, la condición del comprador de vivienda frente al promotor inmobiliario como sujeto favorecido por el estatuto jurídico de consumidor podría afectar de nulidad a cláusulas contractuales o incluso actos unilaterales del promotor que pudieran poner en entredicho sus derechos como tal, aunque no hubiera aún conseguido la tradición del inmueble.

En esta primera línea, resulta especialmente interesante la SAP de Valencia, Secc. 8.<sup>a</sup>, 323/2008, de 27 de mayo; la cual, en un supuesto de exoneración de cuotas por decisión unilateral del promotor, respecto de determinados inmuebles de un edificio sometido a propiedad horizontal, llega a concluir que: «si bien es cierto que mientras el promotor es dueño único del edificio puede actuar por sí solo y configurar a su voluntad el régimen de propiedad horizontal, no por ello puede entenderse ni admitirse que eso le otorgue carta blanca para apropiarse de unas facultades de gobierno y control en términos tales que impliquen que tras la incorporación de otros copropietarios, estos carezcan ya, desde el principio, desde el principio, de las facultades inherentes al régimen de propiedad horizontal». Es evidente que todo cuanto atañía a las facultades de gobierno y control del órgano soberano de la comunidad de propietarios, y a la contribución equitativa a los gastos, al menos respecto de inmuebles que participaran de los beneficios y/o generaran gastos repercutidos en el resto de la comunidad, debería considerarse que entra, como sugiere dicha sentencia, en el ámbito de lo indisponible. Por ello, una contravención en estos ámbitos al núcleo esencial que conforma el régimen de propiedad horizontal podría considerarse afecto de causa de nulidad por contravención de norma indisponible, como sugiere la meritada sentencia.

Siguiendo la anterior línea de razonamiento, podríamos concluir que una determinada concreta afectación de zonas comunes pertenecientes a la comunidad horizontal o prehorizontal que, fruto del ejercicio de las facultades exorbitantes de modificación que aún conserva el promotor hasta la consumación de la entrega de posesión del primero de los inmuebles, impusiera su uso exclusivo para el propietario de un local comercial con destino a la expansión al aire libre de una actividad hostelera, podría verse afecto de causa de nulidad por contravención de la norma esencial establecida en el párrafo segundo del artículo 7.1 de la LPH. La situación sería diametralmente opuesta en cuanto a la posible previsión de autorización de destino de concretos locales a negocios de hostelería, al no existir norma prohibitiva que *per se* pudiera ser infringida; o en que, desde un principio, en la declaración de obra nueva o inscripción de la división horizontal, previamente a la suscripción de cualquier contrato con compradores, se previera

ya el destino de concretas zonas comunes a la posible expansión de actividades hosteleras ejercidas en determinados locales comerciales<sup>48</sup>. En uno y otro caso nada infringiría el promotor en cuanto respecta a las normas imperativas que disciplinan la división horizontal.

Pero el segundo frente, el de la consideración del comprador de inmueble como consumidor, sometido al estatuto del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —TRLGDCU—, sí podría aportarnos mayores réditos en pro de la legítima causa de los sufridos vecinos. Curiosamente, ni la STS, Sala Primera, 786/2009, de 11 de diciembre, ni la SAP de Valencia, Secc. 8.<sup>a</sup>, 323/2008, de 27 de mayo, antes citadas, llegan a abordar la cuestión litigiosa desde el punto de vista de la protección de los derechos de consumidores o usuarios, pese a que tal enfoque fue introducido en el objeto del debate por parte de los copropietarios. Pero ello no quiere decir desde luego que las facultades exorbitantes que eventualmente puedan corresponder al promotor sean inmunes a la protección jurídica de la que son acreedores los compradores como consumidores.

El primer frente de protección de los derechos de consumidores en este ámbito vendría sin duda representado por el carácter vinculante de la publicidad, oferta comercial e información previa al contrato de los promotores inmobiliarios. Dentro de lo que el artículo 20 del TRLGDCU define como información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, como tal vinculante para el oferente, el legislador somete a las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, y que posibilitarán que el consumidor o usuario pueda tomar una decisión sobre la contratación, la obligación de contener, si no se desprende ya claramente del contexto, información «...sobre las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado». Esta obligación se ve aún más reforzada a nivel publicitario, cuando se integra en el contenido contractual objeto de la oferta la información publicitaria; y que vinculará al oferente, frente a lo establecido en el contrato, en tanto en cuanto el contrato celebrado no contuviese cláusulas más beneficiosas para el consumidor —artículo 61, apartados 2 y 3 del TRLGDCU—. Pero, por si fuera poco, el artículo 60.1 introduce dentro de lo que se define como información previa al contrato, igualmente con carácter vinculante para el oferente, la «...información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo». Es evidente, por ello, que si el promotor se ve vinculado por lo que publicita y oferta, tanto con carácter previo a la suscripción del contrato como en cuanto a la información que le debe facilitar con anterioridad a su suscripción; y ello afecta al objeto mismo del contrato, no podrá, al abrigo de las facultades que conserva en orden a llevar a efecto la división horizontal y

establecer unos estatutos de la comunidad, imponer una modificación sustancial de las condiciones o atribuciones de uso de elementos comunes que vaya en contra de lo ofertado. Ese contenido de la oferta vinculante que se incumple irradia de nulidad el acto de división horizontal o inscripción registral de los estatutos comunitarios por flagrante contravención de los derechos que como consumidores tienen reconocidos los compradores. Y más si tal actuar se realiza al amparo de cláusulas impuestas con carácter general en los respectivos contratos privados; de conformidad con lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 82.4 y en artículo 83.1, ambos del TRLGDCU. No puede por ello el promotor, más allá de las exigencias de la buena fe y del equilibrio contractual, al albur de las facultades que aún conserva en orden a la constitución o modificación de la división horizontal, o de cláusulas de autorización que introduzca en los contratos privados, imponer alteraciones sustanciales del uso de elementos comunes, en detrimento no solamente de la valoración económica de las viviendas adquiridas por contrato privado por compradores presentes o futuros, sino de las condiciones concretas ofrecidas previamente y que le resultaban vinculantes. Es más, no puede olvidarse que el artículo 89.1 del TRLGDCU considera cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato aquellas «...declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

#### **IV. HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE DEFENSA DE LAS COMUNIDADES HORIZONTALES O COMUNEROS FRENTE A LA COLOCACIÓN DE VELADORES POR ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA**

##### **1. BREVES NOTAS SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS COMO SUJETOS DEL DERECHO; PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN EN INTERÉS LA COMUNIDAD**

De todos es conocido que el artículo 6.1, 5.<sup>º</sup> de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —LEC— reconoce capacidad para ser parte en juicio a las entidades sin personalidad jurídica propia a las que la ley reconozca capacidad para ser parte<sup>49</sup>; quienes podrán comparecer por medio de quienes la ley, en cada caso, atribuya su representación en juicio —artículo 7.6 de la LEC—. Ambos preceptos son complementados, en cuanto a las comunidades de propietarios, por lo dispuesto en el artículo 13.3 de la LPH; en el sentido que, presuponiendo la primera, confiere la legitimación procesal para comparecer en juicio al presidente de la comunidad, en su condición de representante legal de esta. En este sentido, el reconocimiento de legitimación y capacidad para actuar las comunidades de propietarios en expedientes administrativos y procedi-

mientos judiciales en lo que pretende hacer valer sus intereses legítimos es algo incuestionable. Baste para ello con comprobar cómo la inmensa mayoría de las sentencias que hemos citado hasta ahora tuvieron por parte a una comunidad de propietarios. En el ámbito del derecho procesal penal, este no se muestra tan estricto a la hora de definir las víctimas y potenciales acusadores particulares en una causa penal. La comunidad horizontal integra una comunidad patrimonial que aúna intereses jurídicos y que es reconocida como sujeto del derecho, aunque carezca de una personalidad jurídica propia. La plena supletoriedad de la LEC es indiscutible.

La vía normal para el ejercicio de acciones o para la personación en juicio de una comunidad de propietarios debería ser la del previo acuerdo de la junta de propietarios adoptado con la mayoría exigida por el artículo 17.7 de la LPH. Pero ello no significa que detrás de cada actuación o ejercicio de un acto de personación impetrando la acción de la justicia sea preciso, como ineludible presupuesto de legitimación, un previo acuerdo comunitario. La actuación en interés de la comunidad, ante la inactividad o ausencia de inmediata respuesta de esta, bien por parte de su presidente, bien por comuniteros que lo hagan por el solo interés de esta, o conjuntamente con intereses propios, es una constante en nuestra práctica procesal.

En el primer punto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo va incluso más allá, cuando, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas de un actuar negligente o impropio de un presidente de comunidad, se considera que la comunidad «...tiene como órgano de representación al Presidente de la Comunidad, que actúa personificando al ente en las relaciones externas, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un instrumento físico a través del cual actúe la pluralidad de titulares, de tal suerte que ese cometido que la jurisprudencia sitúa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, lleva implícita la de todos los interesados en juicio y fuera de él, con la consecuencia de estimar lo realizado por el Presidente dentro de sus atribuciones y facultades estatutarias, no como hecho en nombre de la Comunidad sino como si esta misma lo hubiese llevado a cabo, sin perjuicio de lo que impongan las relaciones internas» —STS, Sala Primera, 3/1984, de 9 de enero—. Sin embargo, pueden encontrarse resoluciones discrepantes del mismo Alto Tribunal, como sucediera con la STS, Sala Primera, 972/2004, de 20 de octubre, en la que taxativamente se afirma que: «La representación de la Comunidad, en juicio y fuera de él, del Presidente no tiene un contenido “en blanco”, de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones<sup>50</sup>. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no suple, corrige o anula la de la Junta. Ahora bien, no es acertado sustentar que el Presidente, en estas condiciones, carece de legitimación activa, de lo que carece es de poder de la Comunidad para demandar al recurrente; la misma,

como adquirente de las viviendas, siempre tiene la acción del artículo 1591 del Código Civil». La solución debería encontrarse en este punto en determinar la naturaleza y entidad de la acción que se ejercita, así como en colocar al presidente en una posición similar, aunque privilegiada por su capacidad de representación de la comunidad, que la que le podría corresponder a cualquier otro comunero para actuar en nombre propio pero en interés de la comunidad<sup>51</sup>. No es lo mismo decidir demandar a un comunero o a un tercero en reclamación de daños y perjuicios por ocupación no autorizada de espacios comunes, que tomar la iniciativa de presentar alegaciones en nombre de la comunidad en un expediente para la autorización de colocación de veladores en la vía pública, cuando apenas cuenta con tiempo o medios para convocar una junta extraordinaria a tal efecto<sup>52</sup>.

La actuación de un comunero en interés de la comunidad suele encontrar su apoyo jurisprudencial en lo establecido en el párrafo segundo del artículo 7.1 de la LPH: en la facultad/obligación que se le impone de advertir sin dilación la necesidad de realizar reparaciones urgentes. De tal proposición normativa se deduce, por una parte, la necesidad de advertir a la comunidad, a través de su administrador o presidente, de la perentoria necesidad de actuar; y solamente ante la desidia o inactividad de la comunidad, actuar en consecuencia, bien realizando las reparaciones urgentes que fueran precisas, reclamando posteriormente su cargo a la comunidad, bien actuando en nombre de la comunidad en el correspondiente procedimiento administrativo o judicial<sup>53</sup>. La posibilidad de actuación por sustitución de un comunero en nombre de la comunidad, para la defensa de intereses comunes, cuando los propios quedaran igualmente afectados, fue admitida ampliamente por la STS, Sala Primera, 245/1994, de 13 de marzo.

Sin embargo, hay supuestos en los que la necesidad de agotar previamente la vía del respaldo del acuerdo mayoritario de la comunidad es, *ministerio lege*, ineludible. Hablamos, como no, del ejercicio de acciones basadas en concretas mayorías cualificadas a que se refiere el artículo 17 de la LPH: la liquidación y reclamación de cuotas impagadas conforme al artículo 21.2 y el ejercicio de la acción de cesación del artículo 7.2, párrafos segundo y tercero de la LPH. Efectivamente, esta norma prevé la necesidad de realización de un previo requerimiento fehaciente del presidente, a iniciativa propia o de cualquiera de los comuneros, a quien realice las actividades prohibidas, dañinas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; y solo tras tener lugar este, la convocatoria de una junta de propietarios en la que se someta al parecer de los comuneros el ejercicio de la acción de cesación ante los tribunales. Evidentemente, ante la ausencia de iniciativa del presidente, o siendo este el responsable de la perturbación, cabría la posibilidad de que cualquier comunero emprendiera el camino para el ejercicio de la acción por la comunidad, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 7.1<sup>54</sup>.

2. ACTUACIÓN A NIVEL DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: TRÁMITE DE AUDIENCIA Y POSIBILIDAD DE PERSONACIÓN EN EL EXPEDIENTE E IMPUGNACIÓN DE LA LICENCIA

La actuación de la comunidad en defensa de los intereses colectivos en la vía administrativa parte de la consideración de las comunidades horizontales como interesadas en todos los asuntos de tal índole que le afecten; bien en su globalidad, bien en todos o parte de los integrantes del patrimonio común. La condición de interesada de la comunidad de propietarios colindante con establecimiento hostelero que inste expediente de solicitud de colocación de veladores viene reconocida incluso en los artículos 13 y 14 del RCAMB.

Ya hemos visto que la comunidad podrá intervenir, con o sin el respaldo de la junta de propietarios, a través de su presidente, o de cualesquiera de los comuneros que puedan considerarse concretamente afectados por el despliegue de lo que no deja de ser una actividad molesta porque se desarrolle al aire libre. Los colindantes que sufren las molestias provocadas por la sociedad del ocio pueden actuar sin lugar a dudas por iniciativa propia. No existe ni disciplina de voto ni deber de fidelidad, ante una comunidad inoperante o insensible ante las legítimas quejas de su vecino. Y esta legitimación trascenderá sin duda en interés legítimo para el ejercicio de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bien de impugnación contra concretas decisiones municipales o silencio administrativo (se autoriza la colocación de veladores o no se responde a la petición de revocación de la licencia por acumulación de actividades molestas), bien de inactividad frente a la pasividad en el cumplimiento de sus propias resoluciones (se reclama el cumplimiento de la orden de prohibición de actividad carente de licencia). Cabe, por último la posibilidad de acudir a la vía de instar la iniciación de procedimientos sancionadores por infracciones relacionados con el desempeño de la actividad hostelera.

3. LA OPCIÓN POR LA VÍA CIVIL

Pese a que lo ideal sería poder acudir a la vía administrativa para exigir una respuesta inmediata y eficaz de quien tiene encomendada la garantía de la salvaguardia del derecho a «...un nivel elevado de protección del medioambiente y la mejora de su calidad» —art. 37 de la CDFUE—; lo cierto es que la lentitud e inoperancia de las Administraciones Públicas concernidas por tal menester, unidas a la indiscutible fortaleza de los lobbies del sector de la hostelería, hacen que la búsqueda de la tutela judicial civil se convierta en no pocas ocasiones en la vía más efectiva para la protección de un derecho tan elemental como es el derecho al descanso y a la vida privada de los integrantes de comunidades de propietarios, tanto a título individual como colectivo. Una y otra legitimaciones convergen en una posible estrategia procesal que, más bien a medio o

largo plazo y con un alto coste económico, puede ofrecer, que no garantizar, un razonable grado de satisfacción en tan elementales pero indiscutibles derechos de quienes simplemente claman porque se les deje desarrollar una vida normal en el sagrado reducto de sus domicilios.

*A) Defensa de los estatutos frente a extralimitaciones en el uso de zonas comunes*

A veces resulta que no hay peor enemigo que el que se tiene dentro. El inicio de una actividad hostelera en locales de los bajos de un edificio sometido a comunidad horizontal, que además invade zonas comunes, supone, de hecho, aparte de una incuestionable desvalorización del capital económico que supone la propiedad de una vivienda, sea para destino de domicilio propio o para su alquiler, un grave detrimento de la calidad de vida de quienes lo padecen. Pero el ejercicio de acciones comunitarias se encuentra, aparte del supuesto de contravención de normas estatutarias, excesivamente encorsetado en unas normas que parten del concepto del carácter dañoso para la comunidad o contravención de la normativa general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Unas y otras se encuentran sometidas a un mismo régimen jurídico de la llamada acción de cesación prevista en el artículo 7 de la LPH. La efectividad de tal acción es, sin embargo, absolutamente distinta cuando hablamos de contravención de normas estatutarias frente al último de los supuestos descritos.

Cuando hablamos de ejercicio de acción de cesación frente a actividades prohibidas en los estatutos<sup>55</sup>, la jurisprudencia, de forma unánime, no muestra el más mínimo reparo en amparar los intereses comunitarios; siempre y cuando la contravención alcance disposiciones taxativas de las normas estatutarias. Claro ejemplo de ello podemos encontrarlo en la SAP de Burgos, Secc. 3.<sup>a</sup>, 648/2000 de 17 de noviembre. El incumplimiento de una norma estatutaria, bien iniciando una actividad hostelera en un local comercial, bien expandiendo la actividad mediante la colocación de veladores en las zonas comunes, permitirá sin duda el exitoso ejercicio de acciones de cesación; dotadas de una inusitada eficacia jurídica tanto a nivel de posible adopción de medidas cautelares de cesación inmediata de la actividad prohibida, como de una tutela definitiva que puede albergar no solo su cese definitivo, sino pretensiones de índole indemnizatoria, o de privación del derecho de uso del local por hasta tres años o definitiva de los derechos de uso que el ocupante no propietario ostentara respecto de aquel —párrafos cuarto y quinto del artículo 7.2 de la LPH—. Situación distinta es la de la contravención no de normas estatutarias, sino de normas de convivencia establecidas al amparo de lo establecido en el artículo 6 de la LPH. Al menos en mi opinión, la interpretación restrictiva que se merece el artículo 7.2 de la LPH

impediría extender la eficacia jurídica de la acción de cesación a contravenciones de normas que, por poner un ejemplo, restringieran el horario de apertura de la actividad hostelera en veladores autorizados por la comunidad en zonas comunes; en tanto en cuanto no pudieran incardinarse en los otros dos supuestos. Pero ello no significa que se tratara de reglas de conducta cuya contravención careciera de consecuencias jurídicas; la comunidad siempre podría acudir a los tribunales para reclamar su estricto cumplimiento y posible indemnización por los daños y perjuicios causados; aunque el resto del régimen privilegiado del último párrafo del artículo 7.2 de la LPH no les resultara de aplicación.

Sin embargo, el carácter ambiguo de la voz actividades dañinas para la finca y el riesgo de establecer puntos de conexión directos con el concepto de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, restringe las posibilidades de éxito de la acción de cesación en aquellos supuestos en que las normas estatutarias simplemente no lo prohíben. El primero de los conceptos permitiría cierto juego a la hora de definir un bien jurídico comunitario o individualizado objeto de tutela<sup>56</sup>, aunque afectante a una generalidad de los miembros de una comunidad horizontal, no sin alto riesgo para quien acudiera a los tribunales en este último concepto; el segundo avoca de forma natural a la reglamentación nacional, autonómica y local sobre tales tipos de actividades. Es difícil, ciertamente, considerar que detrás de tales voces jurídicas no está la definición que de las mismas se hace en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre; que se intitula precisamente así. Y ello podría suponer la grave consecuencia de que podrían cerrarse las puertas al ejercicio de una acción de cesación cuando, como consecuencia de la concesión de la oportuna autorización administrativa para el ejercicio de una actividad hostelera, la misma, no prohibida por los estatutos, no pudiera incardinarse en el último de los supuestos referidos en el artículo 7.2.1 de la LPH; siempre y cuando la actividad no transgrediera de forma grave o reiterada las obligaciones derivadas de su consideración como actividad calificada<sup>57</sup>. Aunque siempre cabría la posibilidad de acudir al arriesgado supuesto de la actividad dañina, una adecuada interpretación del auténtico alcance de las normas que disciplinan el ejercicio de determinadas actividades molestas como la hostelera podría permitirnos relativizar esa absoluta correlación que parece pretender el legislador. Como nos dirá RODRÍGUEZ LAINZ<sup>58</sup>: «Las normas reglamentarias dictadas al amparo del mandato del artículo 45 CE son instrumentos de la política medioambiental; no la garantía del respeto del derecho al medio ambiente saludable y demás derechos relacionados con aquél. Por ello, si las normas reglamentarias concretas no sirven o son insuficientes o vagas para proteger unos estándares de calidad de vida que en materia de contaminación acústica sí están perfectamente definidos, siempre nos habrán de amparar en nuestro Derecho, la Constitución y las normas medioambientales generales que, ante la insuficiencia de la prevención ambiental nos llevan a la corrección y en su defecto prohibición. Si no puede asegurarse que las terrazas no producirán

una presión contaminante superior a tales umbrales, el criterio de corrección exige la adopción de medidas que llevarán, en su caso a la prohibición». Y es aquí por donde podrían incidir las comunidades de propietarios; por cuanto que si la aplicación de las normas medioambientales se muestran ineficaces para asegurar un mínimo de calidad de vida a sus integrantes, la finalidad de garantía del medioambiente saludable a que están destinadas se vería insatisfecha, convirtiendo en molestas tales actividades a los efectos de una posible acción de cesación. Precisamente, el nuevo escenario de las declaraciones responsables, en el que el definitivo control administrativo de la veraz eficiencia de las medidas correctoras se hace a posteriori —artículos 71 bis.3 de la LRJAPPAC y 84 ter de la LRBRL—; y en el que la posibilidad de acuerdo de cese de o imposibilidad de continuar la actividad se hace depender de la «...inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa», nos lleva a ser especialmente proclives a refutar el carácter inatacable del título que permite el ejercicio de actividades tales como la hostelería; se desarrollos o no dentro del límite espacial de una comunidad horizontal.

Aun así, y dentro de la consideración de la actividad hostelería lícita, la acción de cesación podría tener cierta operatividad en aquellos ámbitos en los que se constatará un incumplimiento grave y reiterado de las normas que, en interés de la protección de la seguridad ciudadana o de los estándares mínimos de calidad ambiental, disciplinan tales actividades. Piénsese en los supuestos de superación reiterada de aforos o incumplimientos generalizados de horarios de apertura generantes de constantes trasiegos de personas incontroladas por las zonas comunes; o la utilización de las zonas comunes para esparcimiento o ampliación de la actividad hostelería fuera del estricto ámbito del local o de lo reglamentariamente permitido para las zonas de veladores, contraviniendo la legislación específica sobre consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. Efectivamente, 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, excluye en su artículo 2.a) de la prohibición de consumo de alcohol en la vía pública solamente «la permanencia durante el horario establecido normativamente de personas en espacios abiertos del núcleo urbano destinados a terrazas y veladores de establecimientos públicos sometidos a la normativa aplicable en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas». Y es a partir de esta prohibición por la que pasan a considerarse contrarias a derecho, prohibidas, y no solamente por su potencialidad contaminante del medio acústico, determinadas estrategias de los establecimientos hosteleros de expandirse hacia el aire libre, mediante la colocación de ceniceros, barriles, o la apertura al exterior de mostradores con barras a través de ventanales abatibles;

en buena parte forzados por la pérdida de clientela derivada de la prohibición de consumo de tabaco en el interior de los locales.

#### *B) Acciones civiles individuales*

Desgraciadamente, nuestra legislación civil no cuenta con un *corpus jurídico* que de forma expresa y taxativa establezca una incontestable protección eficaz del ciudadano, y por ende de las comunidades horizontales en las que desenvuelve su vida privada, frente a la contaminación acústica; y más concretamente de esa concreta actividad de ocio que se concentra en torno a los establecimientos hosteleros. Hemos de acudir a una hasta cierto punto forzada interpretación de normas o instituciones de nuestro Derecho Civil para encontrar acomodo a estrategias jurídicas de protección ante la jurisdicción civil que, poco a poco, están abriéndose camino en la práctica procesal forense. Siguiendo la interesante y didáctica exposición de HERRERA DEL REY<sup>59</sup>, y sin ánimo de exhaustividad, estas quedarían encuadradas en la acción negatoria del artículo 590 del Código Civil —CC—, en su conjunción con las acciones basadas en la lucha del abuso del derecho o uso antisocial del mismo en materia de relaciones de vecindad; en la acción resarcitoria frente a daños causados por focos contaminantes de los artículos 1902 y 1908.2.<sup>º</sup> del Código Civil; y en el ejercicio de acciones civiles dirigidas a proteger derechos fundamentales frente a inmisiones domiciliarias, con o sin apoyo directo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Realizar un estudio mínimamente serio de cada una de las acciones descritas superaría con creces la ambición de este trabajo. Pero no me resisto a hacer alguna puntuализación al respecto. Lo primero que debemos tener bien claro es que las normas civiles que amparan al ciudadano frente a inmisiones sonoras procedentes de locales hosteleros no tienen por frontera las normas y prevenciones establecidas por el derecho administrativo. En otras palabras, como nos dice sabiamente la SAP de Sevilla, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 24 de septiembre de 2004 (rec. 2699/2004), seguida en su esencialidad por la sentencia de la misma sección 483/2001, de 21 de noviembre: «El orden jurisdiccional civil goza de autonomía respecto de la reglamentación administrativa en la fijación de la tolerancia debida por razones de vecindad a las inmisiones sonoras, debiendo de examinarse cada caso concreto». Aunque sea carga procesal de quien alega la producción de molestias su acreditación, cuando, aún constatada la realidad del cumplimiento de la normativa específica sobre emisiones acústicas, se comprueba que estas son insuficientes para garantizar un estándar mínimo razonable de calidad ambiental en vecinos y colindantes, es el derecho de estos el que debe prevalecer sobre el del causante de las molestias. En segundo lugar, el

estándar de relevancia constitucional marcado por las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, y Pleno, 150/2011, de 29 de septiembre para que pueda considerarse vulnerado, bien el derecho constitucional a la integridad física y moral<sup>60</sup>, bien el derecho a la inviolabilidad domiciliaria<sup>61</sup>, no marca tampoco la frontera con lo que debe considerarse tolerable en un marco de relaciones de vecindad. Una cosa es que tal superación del margen de relevancia constitucional de la transgresión marque la frontera de un posible acceso a la vía de amparo, y otra que, en ese mayor ámbito de la protección de la vida privada tal y como nos describe la jurisprudencia del TEDH en interpretación del artículo 8.1 del Convenio de Roma<sup>62</sup>, sean susceptibles de tutela judicial.

La conjunción de intereses comunes entre la comunidad de propietarios como colectividad y los distintos individuos que en la misma conviven permitirá sin duda el ejercicio de acciones de aquella en interés de estos. Aunque siempre sería más ortodoxo que fuera los propios individuos que sufren las molestias quienes, en su propio derecho, las ejercitan.

*C) Impugnación de acuerdos comunitarios lesivos para los intereses de concretos comuneros*

Frente a la no nada habitual insolidaridad de parte de los comuneros, podrá surgir la necesidad, como paso previo al ejercicio de una acción comunitaria del orden de la acción de cesación o simplemente de protección de los espacios comunes frente a la ocupación no autorizada de tales espacios, de superar el obstáculo que representa un acuerdo comunitario contrario a tal pretensión o la no obtención de una mayoría suficiente para su ejercicio. Si bien la inactividad puede abrir, como hemos visto, las puertas para que un comunero obre en interés de la comunidad acudiendo a los tribunales en defensa de sus intereses, tal opción debe entenderse que le quedaría vedada ante un acuerdo contrario a tal propósito o la no obtención de una mayoría suficiente para considerarse el acuerdo válidamente obtenido. En la actuación en nombre de la comunidad, incluidos sin duda los supuestos en los que no se consiga un número de peticionarios suficientes como para poder forzar la convocatoria de una junta extraordinaria —art. 16.2 de la LPH—, existe un interés concreto en favor de aquella que legitima la actuación del comunero. No sucede lo mismo frente a la contrariedad o imposibilidad de obtener mayorías suficientes para su válida aprobación.

La vía de la impugnación tiene limitado su ámbito jurídico por los estrictos márgenes del artículo 18.1 de la LPH. Sin embargo, permite al propietario afectado un amplio espectro de posibilidades de incardinarse sus legítimas pretensiones en los tres motivos tasados que recoge dicho precepto. El apartado a), de hecho, marca los límites del respeto al principio de legalidad, en cuanto

se trate de normas de carácter imperativo, a las que en este punto se equiparan los estatutos; el apartado b) el interés general de la comunidad, aunque siempre que ese interés resulte violentado en beneficio de uno o varios propietarios; y el perjuicio concreto del impugnante es amparado por el apartado c), aunque se exija un grave perjuicio concreto que este no tenga obligación de soportar, o se haya adoptado el acuerdo con abuso de derecho. Tales márgenes abren las puertas a la posibilidad de abarcar prácticamente todas las posibles acciones que un miembro de la comunidad pudiera pretender asumiera la comunidad a la que pertenece en cuanto nos interesa: forzar el planteamiento de alegaciones o recursos en un expediente de autorización de colocación de veladores; instar la cesación de acciones contrarias a los estatutos, dañinas o molestas; ejercitar acciones civiles diversas a la de la acción de negación, etc. La opción por la vía del llamado procedimiento de equidad del artículo 17.7, párrafo segundo de la LPH, permitirá alcanzar las mayorías ordinarias o cualificadas exigibles en cualesquiera de tales supuestos.

Perdidas una u otra vías, la posibilidad de defensa de los intereses del comunero que se considerara afectado por el inicio o ampliación de una actividad hostelera, y en concreto al aire libre, pasaría por el estricto ejercicio de acciones individuales.

*D) Defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros: principio de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito*

El desconocimiento del Derecho; el temor al enfrentamiento directo dentro o fuera de los tribunales, y la insolidaridad de unos vecinos para con otros están detrás de situaciones en las que se tolera la invasión por empresarios hosteleros de zonas comunes sin el respaldo de una autorización expresa de la comunidad o de norma estatutaria alguna. Tales escenarios dan pie a situaciones de tolerancia que convierten a los empresarios hosteleros en inmunes frente al ejercicio de acciones de cesación o de similar trascendencia frente a ellos.

El transcurso de un largo lapso de tiempo —23 años—, por poner un ejemplo, de tolerancia en la colocación de veladores en zonas comunes, hizo que la SAP de Cantabria, Secc. 1.<sup>a</sup>, 443/1999, de 7 de septiembre, estimara que el acuerdo comunitario de ejercer acción de cesación constituía un abuso de derecho e infringía la prohibición de ir contra los propios actos. Los principios de igualdad y no discriminación, relacionados con el concepto de abuso del derecho han servido a la jurisprudencia para dar la razón a aquellos hosteleros que no hacían sino lo que por tolerancia se había permitido a otros anteriores. Así, las SSTS 970/2011, de 9 de enero de 2012, y 469/2012, de 18 de julio, consideran que «el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por

parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma». Tal abuso de derecho se traduce en un trato discriminatorio injustificado de unos comuneros frente a otros; pero requiere que se haya producido una actuación de mala fe y en perjuicio del comunero perjudicado; o «...utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, de tal manera que esta institución, como remedio extraordinario, solo es admisible en casos patentes y manifiestos, es decir, cuando quien acciona solo se propone causar un perjuicio a otro, sin obtener beneficio alguno», como nos dirá la SAP de Zaragoza, Secc. 5.<sup>a</sup>, 392/2011, de 17 de junio.

Evidentemente, de la tolerancia frente a unos y la obstrucción a las pretensiones de otros no tiene por qué deducirse directamente una tal situación de abuso de derecho o desigualdad intolerables jurídicamente. La propia dinámica de actuación de comunidades de propietarios, así como la constatación de que no es lo mismo la existencia de una sola terraza que varias, o determinadas tipologías (establecimientos que cierran más tarde, o que consiguen más clientela, o clientela más tendente a causar molestias), y que el efecto aditivo hace que se incremente el volumen de contaminación acústica, pueden justificar tales comportamientos. Además, no debe olvidarse que tal doctrina es de aplicación absolutamente excepcional; y no exige un trato exquisitamente igualitario, cuando hay razones comprensibles para ello.

## V. CONCLUSIONES

1. La presencia de clientes de establecimientos de hostelería en zonas de veladores o aledaños de bares, cafeterías, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas.
2. Los espacios de terreno al aire libre donde se colocan veladores o instalaciones de establecimientos hosteleros forman parte de la misma actividad de la que son accesorios; y como tales deberían someterse al mismo régimen de control administrativo que estos.
3. Dentro del ámbito de posible actuación, al menos a nivel de derecho de audiencia en los correspondientes expedientes, debemos reconocer la intervención vecinal, y en especial a través de las comunidades horizontales, de propietarios, como legítima vía para la defensa no solo de unos intereses específicos de sus integrantes, sino también de unos intereses que, por imbricarse en el concepto más amplio de la colectividad, pueden llegar a superar la frontera de lo estrictamente privado. Una actuación que en definitiva abarcará tanto la defensa colectiva de sus integrantes, como la salvaguardia de intereses propios de la comunidad horizontal.

4. La incidencia en la LEPARA de la conocida Directiva Bolkestein, si bien ha sometido a las actividades recreativas del ramo de la hostelería (bares, cafés, restaurantes, ...) a un régimen de declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, no por ello ha inhabilitado la necesidad de un trámite, integrado en el expediente, de superación de las exigencias propias de la calificación ambiental de la actividad.

5. Por tanto, tanto para la apertura de una actividad hostelera, como para su expansión a través de la instalación o emplazamiento de terrazas o veladores, la superación del expediente de calificación ambiental, conforme al aún vigente Decreto 297/1995 —RCAMB—, implicaría la tramitación de un procedimiento administrativo en el que debería presentarse el correspondiente estudio acústico; y en el que, con posible participación de interesados y colindantes, debería superarse un control administrativo previo tendente a la consecución de la calificación ambiental favorable.

6. La ocupación de espacios públicos para la instalación de terrazas o veladores por establecimientos hosteleros requiere igualmente de una concreta autorización municipal.

7. La posibilidad de audiencia o prestación de consentimiento por parte de las comunidades de propietarios colindantes a los espacios públicos o privados donde pretenda realizarse una tal instalación dependerá de la naturaleza del mismo; pudiendo ir desde un simple derecho de audiencia a una insoslayable autorización de la comunidad horizontal concernida.

8. La vía normal para el ejercicio de acciones en interés de la comunidad frente a tales instalaciones o para la personación en juicio de una comunidad de propietarios debería ser la del previo acuerdo de la junta de propietarios adoptado con la mayoría exigida por el artículo 17.7 de la LPH.

9. La actuación en interés de la comunidad, ante la inactividad o ausencia de inmediata respuesta de esta, bien por parte de su presidente, bien por comunitarios que lo hagan por el solo interés de esta o conjuntamente con intereses propios, en los términos admitidos legal y jurisprudencialmente, es una constante en nuestra práctica procesal.

10. A nivel administrativo, nada obstaría a la personación, presentación de alegaciones y acceso a la vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo de las comunidades de propietarios o comunitarios que obraran en interés de la comunidad.

11. La opción por la vía civil deja abierta la posibilidad de ejercer acciones frente al uso de zonas comunes por parte de instalaciones ubicadas en dichas zonas; acciones civiles individuales del tipo de acciones negatorias o de protección de derechos fundamentales de las personas; impugnación de acuerdos sociales lesivos para determinados comunitarios, o la defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros en base a los principios de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito.

12. En cualquier caso, la acción de la comunidad a través de sus órganos representativos, o en interés de esta por falta de iniciativa propia, se muestra como la vía más eficaz para garantizar derechos tan elementales como son el derecho a un medio ambiente saludable, a la protección del domicilio frente a inmisiones ilícitas o a la salud.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANTELO MARTÍNEZ, A. R. La Directiva Bolkestein y el urbanismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (II); en: *Revista on-line del Instituto Nacional de Administración Pública*, edición de 1 de junio de 2012 (fuente: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?idseccion=92>).
- BAUZÁ MASTORELL, F. J. Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus (*Diario La Ley*, núm. 7419, Sección Doctrina, 8 de junio de 2010, Año XXXI).
- GIL NOGUERAS, L. A. Conclusiones seminario propiedad horizontal. Madrid 23, 24 y 25 de marzo de 2011. *Cuadernos del CGPJ*; Madrid 2011 ([https://www3.poderjudicial.es/search/pjppublicaciones/EVER/Docs/PJPUBLICACIONES/000/0000/00009587/SE1101101\\_1.0.0.pdf](https://www3.poderjudicial.es/search/pjppublicaciones/EVER/Docs/PJPUBLICACIONES/000/0000/00009587/SE1101101_1.0.0.pdf)).
- HERRERA DEL REY, J. J. *La defensa jurídica contra la contaminación acústica*. Editorial La Ley; primera edición. Madrid, mayo de 2008.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. Terrazas o veladores en la legislación andaluza; Parte I. Protección ambiental frente al ruido procedente de terrazas y veladores: de la concepción demanialista a la sensibilización medioambiental (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 26 de junio de 2013. LA LEY 4363/2013).
- Terrazas o veladores en la legislación andaluza: Parte II. La actividad hostelera en la calle como actividad contaminante: principios rectores y dimensión medioambiental (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 27 de junio de 2013. LA LEY 4364/2013).
- Terrazas o veladores...; Parte III. La actual situación normativa de las terrazas o veladores en la legislación andaluza: el impacto de la Directiva Bolkestein (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 28 de julio de 2013. LA LEY 4397/2013).

## NOTAS

<sup>1</sup> Pueden encontrarse referencias a dicho estudio en: WHO Regional Office for Europe Night Noise Guidelines for Europe. (2009). WHO Regional Office for Europe Publications ([www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environmental-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe](http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environmental-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-for-europe)). Por su parte, la Decisión núm. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (DOUE L-354, de 28 de diciembre de 2013), nos advierte en su párrafo 50, correspondiente al objetivo prioritario núm. 3 que: «Los datos disponibles sobre la exposición media a largo plazo muestran que el 65% de los europeos que viven

*en grandes zonas urbanas están expuestos a niveles elevados de ruido y que más del 20% lo están a niveles sonoros nocturnos que con frecuencia tienen efectos perjudiciales para la salud»; entendiendo por niveles elevados de ruidos los niveles superiores a 55 dB (día) y 50 dB (noche). Propone por ello como objetivo para el horizonte 2020 la aproximación de los niveles de contaminación acústica a los recomendados por la OMS; para lo cual es necesario «aplicar una política actualizada de la Unión sobre ruido, acorde con los conocimientos científicos más recientes, así como medidas de lucha contra el ruido en su origen, e incluir mejoras en el diseño urbano» —parágrafo 54, párrafo segundo, apartado ii)—.*

<sup>2</sup> La mencionada sentencia niega el amparo al solicitante por considerar que no bastaría con la referencia a valores medios de inmisión sonora calculados respecto de una determinada zona acústicamente saturada —ZAS—; exigiendo por ellos cálculos específicos para las zonas habitables del domicilio en cuestión.

<sup>3</sup> Destaca poderosamente en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-420-11), cómo, si bien conforme a la normativa medioambiental comunitaria se ha excluido del expediente de evaluación ambiental cualquier referencia a la existencia de posibles daños materiales como consecuencia de la implantación de una actividad clasificada (es decir, aquellos que no son consecuencia de una degradación medioambiental, sino del ejercicio de la actividad sometida a previa evaluación ambiental), cabe la posibilidad de hacer valer pretensiones indemnizatorias basadas en el solo ejercicio de la actividad molesta. Como nos dirá la mencionada sentencia: «*No obstante, los perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, están amparados por el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva* (Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, en su versión modificada por las Directivas 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003)».

<sup>4</sup> La sentencia tuvo en cuenta las molestias que causaban a los vecinos una vivienda ubicada en comunidad de propietarios destinada a ciber-café abierto las 24 horas del día; centrándose no tanto en los ruidos provenientes de la vivienda en cuestión, como en las consecuencias derivadas de la especial tipología de la clientela caracterizada por el abuso de drogas y alcohol que consumían tanto fuera como dentro del local, y las molestias que causaban al vecindario con actos de vandalismo o incivismo.

<sup>5</sup> En este sentido, la STSJ de Andalucía, Secc. 1.<sup>a</sup>, con sede en Granada 2539/2013 de 29 de julio, estimó que la posibilidad legal de concesión de licencias bajo condición no podía abarcar a cuestiones sustantivas, como lo es la correcta redacción del estudio ambiental.

<sup>6</sup> «*La presente Ley será de aplicación a los espectáculos o actividades recreativas que se celebren o practiquen, independientemente de su titularidad, en establecimientos públicos, aun cuando estos se encuentren situados en espacios abiertos, en la vía pública, en zonas marítimo-terrestres o portuarias, o en cualesquiera otras zonas de dominio público*».

<sup>7</sup> El Nomenclátor ha sido objeto de una reciente reforma para su adaptación a las exigencias de la Directiva Bolkestein: el Decreto 247/2011, de 19 de julio, por el que se modifican diversos Decretos en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 26 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>8</sup> Se trataba del supuesto de una terraza de discoteca ubicada en una azotea, que, sin autorización municipal alguna, emitía música ambiental perfectamente audible en el vecindario.

<sup>9</sup> En este sentido véase el trabajo publicado por RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Terrazas o veladores en la legislación andaluza; Parte I. Protección ambiental frente al ruido procedente de terrazas y veladores: de la concepción demanialista a la sensibilización medioambiental (2013). El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

<sup>10</sup> «*Sin perjuicio de las licencias urbanísticas correspondientes, la apertura de establecimientos públicos fijos dedicados a la celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas permanentes y de temporada se someterá con carácter general, de conformidad con lo establecido en la legislación básica en materia de régimen local*

*a declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma».*

<sup>11</sup> En este sentido, y en relación con la legislación urbanística de la Comunidad madrileña, se ha pronunciado la STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>, 303/2011, de 17 de febrero. Un primer comentario a la mencionada sentencia y la implicación que en el ámbito de las licencias urbanísticas de actividades ha tenido la Directiva Bolkestein, puede encontrarse en el trabajo de ANTELO MARTINEZ, A. R.: La Directiva Bolkestein y el urbanismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (II) (2012). *Revista on-line del Instituto Nacional de Administración Pública*.

<sup>12</sup> En concreto, el artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/1999, de 29 de septiembre, de bienes de las entidades locales de Andalucía —LABELA—; en relación con los artículos 57-59 y 61 y sigs. del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las entidades Locales de Andalucía —RLABEL—. Véase sobre esta cuestión el profundo análisis de la concepción demandista de los veladores que se hace en el trabajo citado de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores, ...; *op. cit.*

<sup>13</sup> En el ejemplo de la recientemente aprobada Ordenanza reguladora de las terrazas de veladores de Sevilla (Núm. 106, de 10 de mayo de 2013 —OMV de Sevilla—), solamente se da cierto grado de participación a los vecinos en los expedientes de renovación; pero exclusivamente en aquellos supuestos en que existiera respecto del establecimiento en cuestión resolución firme en vía administrativa en las que se constaten antecedentes de molestias para el vecindario —art. 15.4, a)—.

<sup>14</sup> Se exceptúa tan solo el supuesto de plazas en las que la normativa urbanística haya diseñado un destino específico para uso de terrazas.

<sup>15</sup> Así lo entendió la STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2011 (asunto núm. C-119/2009).

<sup>16</sup> Se considera servicio: «*cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado*».

<sup>17</sup> La propia Ley, en su artículo 3.11, hacía una remisión directa a la interpretación jurisprudencial del concepto de razón de imperioso interés general por parte del TJUE. Destaca en este punto, en cuanto nos interesa, la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2010 (asunto núm. C-458/2008); la cual pese a considerar que la imposición por parte del legislador portugués de restricciones a la libre prestación de servicios relacionados con la construcción era contrario a los objetivos de la Unión, concluyó que la imposición de ciertas exigencias de profesionalidad para libre prestación de la profesión de constructor a nivel de legislación interna sí se encontraba correctamente fundamentado, entre otras razones, en «... *la necesidad de garantizar la solidez y seguridad de las construcciones y de proteger el medio ambiente y el patrimonio urbano*».

<sup>18</sup> En esencia, las Directivas 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, y 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de las contaminación. Comparte esta opinión LOZANO CUTANDA, B. (Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa (2010); en *Diario La Ley*), quien sostiene que: «*En ocasiones, sin embargo, la aplicación de la autorización no es una decisión del legislador nacional porque viene impuesta el propio Derecho comunitario, en cuanto así lo exigen expresamente otras directivas comunitarias. Así ocurre, en especial, en el ámbito de la protección del medio ambiente, en el que la utilizan como el medio más idóneo para hacer efectivo el principio de acción preventiva del artículo 174.2 Tratado de la Comunidad Europea (pueden citarse, en este sentido, entre otras muchas, la Directiva 2006/11/CE, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, o la Directiva 2008/1/CE, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación)*». El ejemplo de la STJUE de 6 de septiembre de 2008, a que se refiere la mencionada autora donde se advierte que en aquellos supuestos en que conforme a la normativa sectorial comunitaria se imponga un régimen de

autorización previa, no cabe que las legislaciones internas lo sustituyan por regímenes de control a posteriori, no puede ser más explícito.

<sup>19</sup> Disposición Derogatoria, apartado 2: «*No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009.*». Este plazo coincide con el plazo de incorporación de la Directiva al derecho interno de los Estados miembros impuesto por el artículo 44.1 de la Directiva 2006/123. Evidentemente no era intención del legislador nacional dar tan escasos cinco días para adaptar la normativa sectorial al mandato de la Ley 17/2009; fue simplemente una cuestión de retraso en la tramitación parlamentaria.

<sup>20</sup> Sometimiento a restricción a la capacidad normativa de las Administraciones de imponer requisitos previos a la libre prestación de servicios no es sinónimo de absoluta desregulación. La liberalización de los servicios no obsta a la imposición normativa de condicionantes técnicos o medioambientales tendentes a garantizar concretos fines de interés general que no supongan una vía indirecta de transgresión de las finalidades perseguidas por la Directiva Bolkestein. Así lo entendió la STS, Sala Tercera, Secc. 4.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2011 (rec. 219/2010), cuando al hilo de la impugnación del RD 132/2010 por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que imparten las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria, llegó a concluir que: «*La desregulación de los límites mínimos de algunos espacios docentes fundamentales, como son las aulas, no se puede amparar en la aplicación de la Ley 17/2009, que tiene por objeto facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, a costa de incumplir los principios que establece, así como sus disposiciones relativas a los regímenes y procedimientos de autorización.*».

<sup>21</sup> «*Estas últimas normas –arts. 71 bis de la Ley 30/92 y 84 LRBL– se limitan así a establecer una regulación abstracta de la declaración responsable y la comunicación previa o a regular los instrumentos de intervención con que cuenten los entes locales remitiendo a la Ley 17/2009 en cuanto al uso de las licencias en el sector servicios.*». En el párrafo siguiente, el Alto Tribunal reconoce que en un principio la cuestión de constitucionalidad planteada respecto de una Ley del Parlamento Vasco —Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco— era correcta, aunque deviniera en causa de inadmisión sobrevenida al modificarse ulteriormente la ley en el sentido planteado por el órgano cuestionador. Ello suponía un primer aval sobre la posible vigencia de requisitos de autorización previa impuestos en disposiciones de carácter general anteriores a la entrada en vigor de la Ley 17/2009; pues de lo contrario la inadmisión podría haberse fundado precisamente en la fuerza derogatoria de dicha ley estatal.

<sup>22</sup> BAUZÁ MARTORELL, F. J.: Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus (2010). *Diario La Ley*.

<sup>23</sup> Dicho RDL 1/2008 ha sido derogado recientemente por la Disposición derogatoria única, apartado 1.b), de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

<sup>24</sup> El ámbito espacial de las instalaciones excluidas del régimen de autorización previa se ha visto aumentado a 750 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta al público por la Disposición final tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión, y la automática derogación del presupuesto de la autorización previa respecto actividades sometidas a calificación ambiental, véase el trabajo de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores...; Parte III. La actual situación normativa de las terrazas o veladores en la legislación andaluza: el impacto de la Directiva Bolkestein (2013). *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

<sup>26</sup> En este sentido, la STSJ de Canarias, Sala de lo Contencioso-administrativo (La Palmas), 21/2011 de 11 de febrero.

<sup>27</sup> «La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afecten específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada».

<sup>28</sup> Tal ha sido, de hecho, el ejemplo de la Ley del Parlamento Vasco 7/2012, de 23 de abril, sujetando a la previa obtención de licencia municipal solamente a determinados establecimientos hosteleros de los que se presume una mayor afición al medio ambiente, a las personas y a sus bienes —salas de baile y fiestas, clubes, discotecas, disco-bares, karaokes, pubs o similares— o superan determinados niveles de aforo o volumen de sonido procedente de aparatos de música.

<sup>29</sup> Para el artículo 3.6 de la Ley 17/2009, es establecimiento físico «*cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente una prestación de servicios*».

<sup>30</sup> Ello supondrá, evidentemente tener en cuenta, a la hora de la redacción del estudio acústico, el factor de la posible reverberación o expansión del ambiente musical hacia el aire libre ante la necesaria apertura de puertas para la prestación del servicio de dispensación de comidas y bebidas; debiendo establecerse medidas correctoras que impidan o mitiguen los efectos contaminantes de tal actividad; entre los que debería plantearse, sin duda, la incompatibilidad horaria entre una u otra actividad, o la utilización de sistemas de puertas dobles.

<sup>31</sup> La Ordenanza Municipal reguladora del procedimiento y criterios de otorgamiento de licencias para la ocupación de la vía pública mediante veladores u otros elementos auxiliares a los mismos vinculados a establecimientos de hostelería y restauración en la ciudad de Huelva, de 24 de febrero de 2010 (*BOP* de Huelva núm. 59, de 29 de marzo —OMV de Huelva—) permite, por el contrario, a establecimientos dotados de ambientación musical la colocación de veladores; con horario restringido, siempre y cuando cesen en la actividad musical durante el horario de ocupación —art. 6.3—.

<sup>32</sup> En este sentido RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Terrazas o veladores...* Parte I; *op. cit.*

<sup>33</sup> Por poner solo un ejemplo, el artículo 4 de la Ordenanza Municipal reguladora de la ocupación temporal de espacios exteriores con mesas, sillas, paraguas y otras instalaciones análogas que constituyan complemento de la actividad de hostelería, de 17 de enero de 2008 (*BOP* de Córdoba núm. 58, de 31 de marzo de 2008 —OMV de Córdoba—) establece como causas concretas de denegación de una licencia la necesidad de garantizar la tranquilidad pública y la lucha contra la contaminación acústica, así como la protección de los derechos de vecinos y colindantes.

<sup>34</sup> En este sentido, la OMV de Huelva.

<sup>35</sup> La SAP de Sevilla, Secc. 6.<sup>a</sup>, 204/2005, de 25 de mayo, rechazó una impugnación de copropietario a la emisión de informe favorable de la comunidad a la solicitud de empresario hostelero de colocación de veladores en la vía pública; aduciendo que en el caso concreto no se había acreditado que el acuerdo supusiera un grave perjuicio para el recurrente que no tuviera obligación jurídica de soportarlo o se hubiera adoptado con abuso de derecho.

<sup>36</sup> De hecho, así son calificadas estas afecciones al uso público de viales o espacios pertenecientes a comunidades de propietarios o conjuntos inmobiliarios en los artículos 17.3 y 20.4, a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo.

<sup>37</sup> En tal sentido se han pronunciado las Recomendaciones de Carácter General de la Defensora del Pueblo/Ararteko de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su Informe del año 2003, pp. 509-511 (fuente: [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1\\_927\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_927_3.pdf)). La STS Sala 3.<sup>a</sup>, Secc. 5.<sup>a</sup>, de 21 de mayo de 2001 (rec. 5195/1996), relativiza, sin embargo esta afirmación, cuando habla de la aplicación del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, afirmando que: «*La razonable compensación que el uso público de la propiedad particular ha de comportar en el pago de los gastos*

*de conservación tiene su adecuado tratamiento en las vías negociables y de disposición de derechos, pero parece extraña al principio de equidistribución tanto del planeamiento como de la ejecución urbanística, que es lo contemplado en el precepto contenido en el artículo 3.2. b) del TRLS de 1976.* Sin embargo, al menos en mi modesta opinión, el precepto obvia la realidad de la existencia de un gravamen sobre la vía privada en beneficio de la comunidad; y que al menos en el artículo 153.2 de la LOUA la responsabilidad municipal en el mantenimiento de los viales gravados con una servidumbre de uso público es incuestionable.

<sup>38</sup> En este sentido: RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Terrazas o veladores...* Parte I; *op. cit.*

<sup>39</sup> Ordenanza reguladora de la ocupación de la vía pública con veladores y estructuras auxiliares, de 26 de octubre de 2012 (*BOP* de Jaén, núm. 208, de 29 de octubre de 2012).

<sup>40</sup> En el mismo sentido GIL NOGUERAS, L. A.: Conclusiones seminario propiedad horizontal (2011) Madrid 23-24 y 25 de marzo de 2011 (2011). *Cuadernos del CGPJ*.

<sup>41</sup> La Orden de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía de 25 de marzo de 2002 —OHA—, establece para todo el año un horario único no de cierre, sino de límite máximo de expedición de bebidas o comidas al público: las 02:00 horas.

<sup>42</sup> La sentencia cita como referentes a las SSTS, Sala Primera, 727/1992, de 14 de julio, y 951/1995, de 6 de noviembre; referida la primera a la colocación en pared de una instalación de aire acondicionado, y la segunda al cerramiento de una terraza de uso privativo de un comunero.

<sup>43</sup> Al igual que la comunidad podría autorizar o permitir por norma de régimen interior el acotamiento de concretas porciones de las zonas comunes, por ejemplo, para la celebración de cumpleaños u otras actividades lúdicas, podrían autorizarse por simple mayoría determinadas, o más bien concretas y específicas utilizaciones de espacios comunes para el desarrollo de la actividad hostelera de uno de los comuneros.

<sup>44</sup> «*La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (...) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebre alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo».*

<sup>45</sup> Se trataba de un supuesto en el que la parte demandante, copropietario que actuaba en interés de la comunidad, reclamaba la declaración de nulidad de una cláusula del contrato de compraventa por la que el promotor se reservaba la facultad de otorgar unilateralmente la escritura de constitución y modificación de propiedad horizontal sin recabar la previa autorización de los copropietarios; y por virtud de la cual consiguió la exoneración de diversos locales del pago de cuotas comunitarias.

<sup>46</sup> «*El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del Título Constitutivo de la propiedad horizontal*. En similares términos se manifiestan las SSTS, Sala Primera, 573/1998, de 15 de junio y 291/1999, de 30 de marzo. De la misma opinión parece ser igualmente GIL NOGUERAS, L. A., *op. cit.*».

<sup>47</sup> «*Sin embargo, en el campo del derecho de obligaciones, se había celebrado un contrato por el que la promotora había vendido al demandante un determinado piso, con la cuota de elementos comunes y si aquel vendedor altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propiedad, está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación*».

<sup>48</sup> Es fácil encontrar ejemplos jurisprudenciales, algunos de ellos ya citados, en los que se recogen supuestos en los que existían disposiciones estatutarias, evidentemente impuestas

por el promotor inmobiliario, en los que se permitía a titulares de establecimientos hosteleros ubicados en zonas comunes la colocación y explotación de veladores. En este sentido, podemos citar las SSAP de Cantabria, Secc. 2.<sup>a</sup>, 319/2001, de 29 de mayo; de Córdoba, Secc. 3.<sup>a</sup>, 224/2001, de 20 de noviembre; de Castellón, Secc. 1.<sup>a</sup>, 68/2006, de 7 de abril, y de Zaragoza, Secc. 5.<sup>a</sup>, 392/2011, de 17 de junio. En todas ellas bien se da por sentada la licitud de tales disposiciones estatutarias impuestas por el promotor, bien se apoya la desestimación de pretensiones de los copropietarios en la existencia de tales cláusulas habilitantes.

<sup>49</sup> Véase en este sentido la STS Sala Primera, 245/1994, de 13 de marzo.

<sup>50</sup> La STS, Sala Primera de 30 de julio de 1991 (rec. 1960/1989), negó legitimación, considerándola mero acto de tolerancia, la decisión del presidente de una comunidad de propietarios de permitir a un comunero una obra consistente en sujetar a fachada una chimenea de ventilación.

<sup>51</sup> Véase en este sentido la STS 469/2012, de 18 de julio.

<sup>52</sup> Piénsese en aquellos supuestos de comunidades formadas por viviendas de segunda residencia, en las que la posibilidad de alcanzar un quórum mínimo en fechas que no sean de verano es prácticamente imposible.

<sup>53</sup> En este sentido véñase, a modo de ejemplo, las SSAP de Huelva, Secc. 1.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2000 (rec. 163/1999); de Pontevedra, Secc. 5.<sup>a</sup>, 107/2000, de 22 de marzo, y de Barcelona, Secc. 4.<sup>a</sup>, 683/2009, de 22 de diciembre. De la misma opinión GIL NOGUERAS, L. A., *op. cit.*

<sup>54</sup> En este sentido GIL NOGUERAS, L. A.; *op. cit.*

<sup>55</sup> La STS, Sala Primera, 1152/2008, de 27 de noviembre, permite la extensión de la prohibición a las atribuciones de uso que se hagan en el título constitutivo, con tal que una interpretación restrictiva de las descripciones que en el mismo se hagan permita deducir la incompatibilidad con tal descripción «*La prohibición no es materia propia y exclusiva de los estatutos que tienen carácter facultativo y no obligatorio y no son necesarios en la vida de la Comunidad, conforme al artículo 5 de la Ley [SSTS 5 de marzo de 1998; 21 de julio de 2003], por lo que su falta hace viable el Título Constitutivo en el que se pueden establecer disposiciones «en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales», según el párrafo 3 del artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio».*

<sup>56</sup> Podría considerarse dañosa para la finca cualquier actividad que causara daños evaluables económicamente a los bienes comunes (pintadas en fachadas, actos vandálicos, obras que pongan en riesgo elementos comunes,...); e igualmente cualquier actividad que de forma seria y persistente limitara el derecho de los comuneros a disfrutar tanto de las zonas privativas como comunes, como podría ser una actividad hostelera no respetuosa de mínimos cánones de convivencia en orden al respeto de horas de descanso o volumen de ruido.

<sup>57</sup> Incumplimientos graves en materia de horario, contaminación acústica, aislamiento, etc., podrían permitir sin duda la consideración de la actividad como molesta, pese a mantener el hostelero vigente su licencia.

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores en la legislación andaluza: Parte II. La actividad hostelera en la calle como actividad contaminante: principios rectores y dimensión medioambiental (2013). *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

<sup>59</sup> HERRERA DEL REY, J. J.: *La defensa jurídica contra la contaminación acústica* (2008); pp. 165 y sigs.

<sup>60</sup> «*Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral.*

<sup>61</sup> «*Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan ser objetivamente calificables como evitables e insopportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad,*

*siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».*

<sup>62</sup> Véanse en este sentido las sentencias ya citadas de los casos MILIEVA y otros v Bulgaria y MARTÍNEZ MARTÍNEZ v España; así como las ya clásicas SSTEDH 21 de febrero de 1990 (caso POWEL y RAINER v Reino Unido; asunto 9310/81); 9 de diciembre de 1994 (caso LÓPEZ OSTRA v España; asunto 16798/90); 18 de febrero de 1998 (caso GUERRA y otros v Italia; asunto 14967/89); 16 de noviembre de 2004 (caso MORENO GÓMEZ v España; asunto 4143/02), y 30 de marzo de 2010 (caso BÁCILĂ v RUMANÍA; asunto 19234/04). Las dos más recientes, precisamente, insisten en la necesidad de que los poderes públicos garanticen el derecho a la privacidad y a la salud de los ciudadanos mediante políticas activas que tiendan a mejorar la calidad del medioambiente en que se desenvuelven.

*(Trabajo recibido el 7-6-2015 y aceptado para su publicación el 20-7-2015)*