



Roj: **STSJ BAL 404/2019 - ECLI: ES:TSJBAL:2019:404**

Id Cendoj: **07040330012019100243**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2019**

Nº de Recurso: **69/2018**

Nº de Resolución: **242/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **CARMEN FRIGOLA CASTILLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00242 /2019**

APELACIÓN

ROLLO SALA Nº 69/2018

AUTOS DE PROCEDIMIENTO DERECHOS FUNDAMENTALES Nº 4/2016

JUZGADO CONTENCIOSO Nº 3

**SENTENCIA Nº 242**

En Palma de Mallorca a 14 de mayo de 2019.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D<sup>a</sup>: Carmen Frigola Castellón

**VISTOS** por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears los autos seguidos en el Juzgado de los Contencioso-Administrativo nº 3 de Palma, con el número de autos D.F. nº 4/2016 y nº de rollo de apelación de esta Sala 69/2018. Actúa como parte apelante D. Candido y D<sup>a</sup> Mariola representados por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. Catalina Ana Salas Gómez y defendidos por el Letrado Sr. D. Francisco José Ojuelos Gómez y como parte apelada el AJUNTAMENT DE PUIGPUYENT representado por la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. María Dulce Ribot Monjo y defendido por el Letrado Sr. D. Josep Alonso Aguiló. Es parte también el MINISTERIO FISCAL

Constituye el objeto del recurso interpuesto por el cauce fundamental de los derechos fundamentales la inactividad municipal en relación con el escrito presentado por los recurrentes ante el Ayuntamiento de Puigpuyent el 13 de octubre de 2016, con el que se acompañaron informes relativos al incumplimiento de la normativa en materia de ruidos por parte del establecimiento "Ca Sa Nina Café Concert", requiriendo respuesta inmediata a las solicitudes presentadas con anterioridad.

La sentencia número 362/2017 de cuatro de diciembre de dos mil diecisiete del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Palma desestima el recurso interpuesto.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.



### ANTECEDENTES DE HECHO:

**PRIMERO:** La sentencia nº 362/2017 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Palma en los autos seguidos por los trámites del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales y de los que trae causa el presente rollo de apelación decía literalmente en su fallo:

1º.- DESESTIMAR LA ALEGACIONES DE INADMISIBILIDAD formuladas por la Administración demandada.

2º.- DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DF 4/16, al no apreciarse en la actuación de la Administración vulneración de los Derechos Fundamentales alegados.

3º.- Sin costas."

**SEGUNDO:** Contra la anterior resolución interpuso la parte demandante recurso de apelación en plazo y forma siendo admitida en ambos efectos.

Se han opuesto a la apelación la defensa del Ayuntamiento y el Ministerio Fiscal que solicitan la confirmación de la sentencia de instancia.

**TERCERO:** En fecha 12 de septiembre de 2018 a la vista del escrito presentado por la apelante el 13 de abril de 2018 considerándose que se estaba en supuesto previsto en el artículo 85 de la LJCA se tuvo por aportada esa documental presentada por la apelante y se dio traslado de ella a la Administración demandada y apelada, que se opuso a su admisión, en escrito presentado al efecto.

**CUARTO:** Se ha seguido el recurso con arreglo a los trámites de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, quedando los autos conclusos para dictar sentencia, señalando para la votación y fallo el día 14 de mayo de 2019.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** No se aceptan los de la sentencia apelada.

Los recurrentes interpusieron recurso contencioso a sustanciar por el cauce de los derechos fundamentales al considerar que la inactividad municipal del Ayuntamiento de Puigpunyent vulneraba su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18-2 de la CE así como la integridad física y moral del artículo 15 de la CE al tolerar y permitir una actividad no autorizada que provocaba múltiples ruidos, olores y molestias a los recurrentes pese a las reiteradas demandas al Ayuntamiento para que cesara en esa permisividad. Se trata de la actividad del Café concierto Ca Sa Nina sito en la Calle Ciutat nº 2 de Puigpunyent, el cual carecía de licencia de apertura y funcionamiento y es colindante con su domicilio.

Se opusieron a la demanda tanto el Ayuntamiento de Puigpunyent como el Ministerio Fiscal. El primero alegó inadmisibilidad del recurso por extemporaneidad del recurso, y por inadecuación procedimental y desviación procesal, y tras ello también se opuso en cuanto al fondo. El Ministerio Fiscal tampoco consideró acreditada la inviolabilidad domiciliaria por la producción de ruidos y molestias.

La sentencia del Juzgado desestimó la extemporaneidad del recurso contencioso y entrando en el fondo desestimó el recurso contencioso. La sentencia señala: "*De lo actuado, no puede llegarse a la conclusión de que se haya producido tal lesión, puesto que, una cosa es que una actividad esté en funcionamiento sin contar con título habilitante para ello e incluso ocasione molestias como consecuencia del ejercicio de la actividad, y otra, distinta y necesitada de la debida acreditación, que esas molestias e intrusiones tengan entidad suficiente para provocar lesión en los mencionados derechos fundamentales. (...)*"

Disconforme con la sentencia se alzan en apelación los recurrentes. Alegan como fundamentos del recurso:

a) Si bien la sentencia alude a los ruidos y su afectación en los derechos fundamentales que considera que no han sido vulnerados, sin embargo, nada dice la sentencia en cuanto a los olores procedentes de esa actividad ilegal y que también denunciaba la parte en su demanda, en la afectación de tales emisiones en sus derechos fundamentales a través de la ilegal salida de humos de la cocina y el almacén de material y residuos.

b) Alegaba también infracción de la doctrina legal relativa a la entidad de ruidos suficiente como base para afectación de los derechos fundamentales establecida en la sentencia del TS de 22 de julio de 2014 .

c) Infracción del artículo 6.3 de la ley 1/2007 de 16 de marzo contra la contaminación acústica de les Illes Balears en relación con el artículo 217 de la LEC , porque no ha de admitirse que la falta de prueba imputable al Ayuntamiento, como parte de la estrategia de inacción absoluta, le favorezca y le beneficie.



d) Error en la valoración de la prueba porque sí queda acreditado que los trastornos de salud que padecen los recurrentes derivan de esas molestias

La parte apelante aportó en el rollo de apelación documentos de los que se extraen los siguientes datos:

1º.- resolución del Ayuntamiento de 25 de enero de 2018, o sea, posterior al dictado de la sentencia de instancia, mediante la cual se concedía licencia de actividad del Bar restaurante Ca Sa Nina condicionada a que en el plazo de seis meses aportara escritura pública que justificara la servidumbre de paso por la terraza del edificio contiguo para que tuvieran acceso al local las personas de movilidad reducida.

2º.- Como fuera que no se aportó por la parte dicha escritura pública, el Ayuntamiento requirió a la titular de la licencia para tal aportación mediante resolución de 14 de septiembre de 2018

3º.- La apelante aportó también un informe de la Ingeniera municipal de 24 de octubre de 2018 dictado con ocasión del expediente de modificación de licencia de actividad en el que figura que, tras haber solicitado la parte una modificación de la actividad de Restaurante Ca Sa Nina, la parte aportó un plano de modificación del itinerario de entrada, en el que se colocaba una instalación de plataforma elevadora. La Ingeniera, tras visita de inspección realizada el 2 de octubre de 2018, en la que aprovechó también para examinar la salida de humos y si ésta se ajustaba a la norma 5.5.6 de las NNSS de Puigpunyent en el citado informe señalaba lo siguiente:

Todos esos documentos se incluyeron en la segunda instancia de conformidad con el artículo 271-2 de la LEC al tratarse de resoluciones y documentos administrativos dictados con posterioridad a la sentencia del Juzgado, por tener una incidencia en el caso y porque la ley permite que, en tal caso, puedan ser aportados en fase de recurso, habiéndose dado traslado a la apelada y demandada de dicha aportación, la cual se opuso a su admisión. Su admisión y valoración se efectuará en esta sentencia conforme ordena el artículo 271.2 de la LEC .

Se oponen a la apelación el Ayuntamiento de Puigpunyent y el Ministerio Fiscal que solicitan la confirmación de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO:** En torno a si existe o no lesión a los derechos fundamentales de la inviolabilidad de domicilio ( art. 18.2 CE ) y de su derecho a la integridad física y moral ( art. 15 CE ) por causa de los ruidos, extremo que la sentencia niega al considerar que no se da en el caso una relevancia suficiente para considerar afectados tales derechos fundamentales.

La apelante nos dice que la Sentencia infringe la Jurisprudencia del TS reflejada en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 22 de julio de 2014, (RC 2690/2013 ) que tiene en cuenta la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 en el caso Moreno Gómez contra España. Y remarca también la apelante que la sentencia del TC 119/2001 a la que se remite la 150/2011 que cita el Juez de instancia fue, dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 37/2003 del Ruido y anterior también al Real Decreto 1367/2007 de 19 de octubre que desarrolla dicha Ley, normativa esta que establece los valores en decibelios que son compatibles con la legalidad. La superación de tales niveles hasta un máximo de 6 dB, de 6 a 15 dB o más de 15 dB será definida después como infracción leve, grave y muy grave por la Ley 1/2007, contra la contaminación acústica de Illes Balears. La apelante cita también la sentencia de esta misma Sala nº 312/2011 de 28 de abril , dictada en el PO 77/2010 (ECLI: ES: TSJBAL: 2011: 380) que a su vez incluye la doctrina de esta misma Sala reflejada en la sentencia nº 235/2007 de 27 de marzo dictada en el PO 323/2005 , y en donde ya se tiene en cuenta la doctrina del TDH plasmada en su sentencia de 16/11/2004 en el caso Moreno Gómez contra España .

Se opone el Ayuntamiento que defiende la tesis de la sentencia de instancia según la cual las vulneraciones detectadas no tienen entidad suficiente como para afectar los derechos fundamentales de la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18-2 de la CE y la integridad física y moral del artículo 15 de la CE

Es menester destacar los hechos que se consideran probados en el presente procedimiento para de ellos extraer las consiguientes consecuencias en orden a las pretensiones ejercitadas en autos.

1º.- D Candido y Dña. Mariola viven junto con sus dos hijos en la CALLE000 nº NUM000 de Puigpunyent, que es una vivienda contigua al local donde se encuentra ubicado el Café Concierto Ca Sa Nina.

2º.- Esa actividad llevaba funcionando desde el 29 de febrero de 2016 y por Resolución de 25 de enero de 2018, (documento aportado por la actora en el presente rollo), se concedió licencia condicionada a aportar escritura pública de justificación de existencia de servidumbre de paso para el acceso al local del público con movilidad reducida. Condición que la parte no cumplió en el plazo concedido, instando una modificación de licencia en la que se presentó un proyecto para instalación de una plataforma elevadora



Consta en autos que la Ingeniera municipal informó en octubre de 2018 que la documentación aportada para esa modificación no era suficiente y que la chimenea no cumplía con la normativa de humos acordada en el planeamiento.

3º.- Los recurrentes se dirigieron al Ayuntamiento para interesarse si la actividad que se realizaba en el bar Ca Sa Nina se ajustaba a licencia (escrito de 10/5/2016 y 14/7/2016), solicitó se la tuviera por parte en el expediente de licencia que se tramitaba y se le entregara copia del mismo y de todo lo actuado (escritos de 30/6/2016, 19/8/2016 y 18/10/2016), solicitó se tramitara expediente de infracción por contaminación acústica y petición de mediciones e inspecciones acústicas en sendos escritos presentados el 27/7/2016, y petición de cita con la Alcaldía para hablar de este tema en escritos presentados el 10/5/2016 y 18/10/2016 .

4º.- La recurrente acudió al Hospital Son Espases al servicio de urgencias el 28/5/2016 siendo diagnosticada de crisis de ansiedad, constatándose episodios de insomnio desde hacía un mes en relación a la apertura de un bar con música muy alta que no permitía el descanso. Se le dio el alta hospitalaria el mismo día tras recetarle ansiolíticos y control psicológico. La Sra. Mariola recibió tratamiento psicológico desde el día 30/5/2016 informando de ello el Psicólogo el 11 de agosto de 2016. Se desconoce la duración de ese control o tratamiento psicológico.

5º.- De nuevo la Sra. Mariola sufre episodios de crisis de ansiedad con parte de urgencias del Hospital Son Espases en las fechas de 23/7/2016, el 21/8/2016 y 2/10/2016. Hay informe médico psiquiatra que detalla el cuadro de ansiedad y depresión que sufre esa paciente, derivado de las molestias y ruidos provocados por la actividad del bar contiguo a su vivienda, de fecha 14/11/2016.

6º.- En el informe emitido por el Sr. Alcalde Presidente de 8 de julio de 2017 en fase probatoria en contestación al interrogatorio formulado por los recurrentes el Sr. Alcalde Presidente, entre otros extremos, declara:

- a) Que los recurrentes son vecinos de ese Bar en Puigpunyent
- b) Que se habían quejado de las molestias de ruidos y olores reiteradas veces al Ayuntamiento
- c) Que conoce que tienen problemas de salud por ese motivo
- d) Que el escrito en el que solicitaba la tramitación de expediente sancionador presentado el 27 de julio de 2016 se había incluido en el expediente de licencia y estaba pendiente de valoración por parte del ingeniero municipal
- e) Que no ha autorizado la realización de ningún concierto de música en vivo y que había manifestado a los gestores que no se podían celebrar estos. Y que no le constaba que se realizaran tales eventos
- f) Que en la terraza se ejercita la actividad hostelera
- g) Que no se habían hecho mediciones de ruidos por parte del Ayuntamiento y que de continuar habiendo denuncias se harían
- h) Que no se había incoado expediente sancionador por contaminación acústica tras las mediciones efectuadas a instancia de los recurrentes por la empresa Avalúa por haberse iniciado trámite de adaptación de licencia de actividad original al propietario actual
- i) Tampoco se había iniciado expediente en relación a la salida de humos de la chimenea
- j) Que en el expediente de licencia no había estudio sonométrico para utilizar la terraza como parte del local

7º.- Se realizó una medición sonométrica a instancias de los recurrentes el 26/9/2016 por la empresa Avalúa resultando en ese informe que en horario nocturno la actividad superaba el límite acústico permitido según la ley 1/2007 de les Illes Balears, tanto en horario diurno como nocturno, pues siendo los límites máximos autorizados de 55 dBa y 45 dBa respectivamente al tratarse de suelo residencial, la medición tomada refleja niveles de 64 dBa en horario diurno, y 57 dBa en horario nocturno.

8º.- En el año 2017 la misma empresa y también a instancias de los recurrentes realizó nuevas mediciones durante el periodo de 27 de mayo de 2017 al 18 de junio de 2017. Ese informe indica: *"S'observa clarament valors de fins a 70 dBa en exterior en periode nocturn entre el día 03 i 04 de juny de 2017 amb Ti (temps d'integració) de 5s quan el límit normatiu en la taula B1 de l'annex IV del RD 1367/2007 permet sol 45 Dba. També s'observa en les gràfiques de l'estació de mesura interior que en periode diürn es perceben nivells d'immissió procedents de l'item superior a 50 dBa i en periode nocturn nivells superiors a 40 Dba. (...). A més en l'àudio adjunt es demostra l'afectació sonora a la que están exposats els propietaris de l'habitatge afectat y queda demostrat que els nivells sonors corresponents durant l'enregistrament eren de Laeq 1 min= 65'7 dBa superant en >20 dBa els nivells límits normativament reglats. (...)"*



**TERCERO:** Esta Sala en la sentencia nº 167/2016 de 5 de abril (PO 246/2014 ECLI: ES: TSJBAL: 2016: 252) decía:

*"SEGUNDO: El ruido es un elemento nocivo, perturbador y degradante, vinculado a una sensación desagradable. Por lo tanto, el ruido es una manifestación de contaminación del medio ambiente, con efectos evidentes sobre la calidad de vida y la salud humana. El ruido, pues, debe eliminarse en tanto que constituya inmisión contraria al normal uso de las cosas.*

*En el ámbito de la legislación civil opera el tradicional concepto subjetivo de molestia, desentendido así de cualesquiera requisitos administrativos contemplados en Ordenanzas municipales o Reglamentos administrativos. Pero en el ámbito administrativo luce la naturaleza objetiva del ruido. Por consiguiente, en el ámbito administrativo se da, en primer término, la actividad de control e intervención de la contaminación acústica como derecho básico comunitario y también como derecho fundamental a la intimidad personal y familiar.*

*La Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, conocida como la Directiva sobre Ruido Ambiental, fijó como finalidades y objetivos : (i) Determinar la exposición al ruido ambiental, mediante la elaboración de mapas de ruidos según métodos de evaluación comunes a los Estados miembros, (ii) Poner a disposición de la población la información sobre el ruido ambiental y sus efectos, y (iii) Adoptar planes de acción por los Estados miembros, tomando como base los resultados de los mapas de ruidos, con vistas a prevenir y reducir el ruido ambiental, siempre que sea necesario y, en particular, cuando los niveles de exposición puedan tener efectos nocivos en la salud humana, y a mantener la calidad del entorno acústico cuando ésta sea satisfactoria.*

*La Directiva sobre Ruido Ambiental definió el ruido ambiental como " el sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas, incluido el ruido emitido por los medios de transporte, por el tráfico rodado, ferroviario y aéreo y por emplazamientos de actividades industriales como los descritos en el anexo 1 de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación ".*

*El concepto del ruido en nuestro derecho es un concepto amplio, comprensivo tanto del ruido propiamente dicho, perceptible en forma de sonido, como de las vibraciones, incluyendo tanto uno como otras, en el concepto de "contaminación acústica"*

*La prevención, vigilancia y reducción del ruido son objeto de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido, que en su Exposición de Motivos, primero, reconoce que " el ruido en su vertiente ambiental (...) no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la ley". Y, segundo, explica que " en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud ( artículo 43 de la Constitución ) y el medio ambiente ( artículo 45 de la Constitución ) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1 ".*

*El artículo 3 de la Ley 37/2003 define la contaminación acústica como " la presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente".*

*En el ámbito del Derecho Administrativo, la lucha frente al problema de la contaminación acústica es competencia de todas las Administraciones territoriales. Pero el papel asignado a la Administración Local es ciertamente relevante.*

*Al respecto, el artículo 6 de la Ley 37/2003 efectúa una completa remisión a la normativa y usos locales en la materia, al establecer que " Corresponde a los Ayuntamientos aprobar ordenanzas en relación con las materias objeto de esta Ley ".*

*Por otro lado, el artículo 25 de la Ley 7/1985 , Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece al regular las competencias municipales que:*

*" 1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.*

*2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias (...): f. Protección del medio ambiente".*





Y, por último, el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por el Decreto de 15 de junio de 1955 establece que:

"Los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas".

Para responder a la última alegación de la demanda y sobre lo que del ruido en general nos cabe añadir, acudiremos a un reciente -y semejante- asunto, terminado por la sentencia de la Sala nº 451/2015 (ROJ: STSJ BAL 545/2015).

En esa sentencia, en cuanto al ruido, la Sala ha señalado lo siguiente:

" **SEGUNDO** . La realización de todo tipo de actividades humanas, el funcionamiento de maquinaria industrial y aparatos diversos, e incluso la vida en los núcleos de población o en plena naturaleza, son todas ellas situaciones en las que se emiten sonidos que se perciben por los individuos y se integran en el medio ambiente.

Pero una cosa son los sonidos normales y cuya tolerabilidad es racionalmente exigible en una época y lugar determinados, y otra cosa bien distinta es el odiado, temido y, en nuestras ciudades desgraciadamente presente ruido o ruido ambiental.

En términos coloquiales y genéricos, el ruido es un sonido molesto, incómodo y desagradable para las personas y/o para el medioambiente. En ocasiones, la molestia que produce es de tal calibre que puede tornarse insoportable e incluso insalubre, convirtiéndose entonces en lesiva y con efecto dañino. Cuando los niveles de ruido existentes en una zona o área son elevados, pudiendo ser generados por diversos focos de emisión, hablamos de contaminación acústica.

El fenómeno del ruido es más habitual -aunque no exclusivo- de las ciudades y pueblos que del mundo rural, ya que en el suelo urbano se produce un mayor grado de convivencia entre las personas y es donde se suelen concentrar las industrias, los establecimientos de hostelería y los comercios, donde actúan servicios de recogida de residuos y de limpieza de calles, donde se produce la carga y descarga de vehículos, y donde se realizan promociones inmobiliarias de envergadura.

Como manifiesta parte de la doctrina "el ruido se ha convertido en un habitante más de todas nuestras ciudades; un habitante hiperactivo y anárquico que pocas veces descansa y, si lo hace, tal descanso casi nunca coincide con el de muchos ciudadanos".

La producción de este efecto nocivo a partir de ciertos sonidos (especialmente por el mayor grado de intensidad y duración que revisten) ostenta grandes dosis de subjetivismo, al depender de la ubicación, momento del día, situación física y psicológica en que se encuentre, actividad que despliegue y personalidad que tenga el individuo que lo percibe y sufre.

Así, el pío de un pájaro, un simple estornudo, el llanto de un bebé o abrir un grifo puede incomodar e incluso desquiciar a ciertas personas, y no por ello deben prevenirse, corregirse, prohibirse o sancionarse.

Resulta obvio que, aunque produzcan en cierta medida molestias, las máquinas de limpieza de las calles deben operar, los bares y restaurantes deben poder funcionar, se pueden celebrar eventos al aire libre, las construcciones de edificios se deben generar, ya que con estas actuaciones se satisfacen intereses generales, pero, por otro lado, se debe velar el respeto hacia los derechos de los ciudadanos, especialmente los relativos a su salud y al derecho a poder vivir -aunque sea temporalmente- en un pueblo o ciudad con un mínimo y necesario estado de tranquilidad.

Se trata de ponderar los intereses en colisión y aplicar, como en casi todos los conflictos, el rasero de la proporcionalidad y del sentido común.

Derivado de este cariz subjetivo y a fin de que el ruido tenga relevancia jurídica, resulta imprescindible objetivar sus características para determinar si resulta o no exigible su tolerancia, esto es, para ayudar a dilucidar -no demostrar- si el ruido es o no antijurídico. Tanto la Directiva sobre Evaluación y Gestión del Ruido Ambiental en el año 2002, la Ley estatal sobre el ruido y sus reglamentos de desarrollo, así como la normativa autonómica relativa al ruido y a la contaminación acústica responden a esta finalidad objetivadora, partiendo de la uniformidad de los valores máximos de presión acústica permitidos.

La vida en sociedad requiere que el ser humano efectúe determinados sacrificios en el disfrute de sus propios derechos e intereses a favor de los derechos e intereses correspondientes a los otros individuos. Pero claro está, resulta exigible una cesión hasta cierto punto.



*Una cosa es la imposibilidad de imponer el absoluto silencio a través de la vida en comunidad, y otra bien distinta es que la convivencia en los municipios suponga la sumisión a una tortura acústica.*

*Como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2007, de 16 de marzo de Contaminación Acústica en les Illes Balears, sobre la base de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental ("Directiva sobre Ruido Ambiental"), la misma desarrolla el núcleo material del interés general contra la contaminación acústica contenido en la legislación estatal básica representada por la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido (LR), fijando el interés general respectivo y propio de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears, partiendo de la consideración del ruido como "elemento gravemente perturbador del bienestar ciudadano", siendo obligatoria la actuación de los poderes públicos frente al fenómeno, derivándose de los mandatos constitucionales de protección de la salud y del medio ambiente, contenidos en los artículos 43 y 45 de la Constitución Española .".*

**CUARTO:** El debate de autos consiste en determinar si la actuación municipal seguida ha comportado una vulneración del artículo 15 de la CE que garantiza que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, y también una vulneración del artículo 18-2 de la Constitución que garantiza la inviolabilidad del domicilio, que, desde la perspectiva que aquí nos ocupa, se traduce en que cualquier ciudadano tiene el derecho y la garantía de que en su domicilio no puede ser perturbado, ni por actuaciones materiales directas, ni tampoco por actuaciones incorporadas a través de inmisiones de ruidos, olores, emisiones y otras injerencias.

La sentencia de instancia cita la STC 150/2011 de 29 de septiembre, la cual tiene en cuenta la doctrina fijada por el TEDH en la sentencia de 16/11/2004 caso Moreno Gómez, doctrina que es nuevamente concordada por aquel Tribunal europeo en su sentencia de 16/1/2018 Caso Cuenca Zarzoso contra el Reino de España.

*La sentencia 150/2011 de 29 de septiembre del TC declara que " una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, 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"*

Por lo tanto, para que exista vulneración de esos derechos fundamentales y en definitiva se acredite un ruido insoportable, es menester la acreditación de unas mediciones acústicas acreditativas de un nivel de ruido superior al legalmente establecido en la normativa de ruidos, en definitiva, los niveles que establece el RD 1.367/2007 de 19 de octubre que desarrolla la ley 37/2003 de Ruidos.

**QUINTO:** Pues bien, la actora ha realizado dos mediciones sonométricas por la empresa Avalua, mediciones que tuvieron lugar la primera el 26 de septiembre de 2016 y la segunda durante el periodo comprendido entre el 27 de mayo al 18 de junio de 2017. Ambas mediciones revelan que se han incumplido los niveles sonoros, ya que en los días que se indica estos superaron los legalmente permitidos. En efecto, la medición del día 26 de septiembre de 2016 supera el nivel permitido, tanto en horario diurno como nocturno, pues siendo los límites máximos autorizados de 55 dBA y 45 dBA respectivamente al tratarse de suelo residencial, la medición tomada refleja niveles de 64 dBA en horario diurno, y 57 dBA en horario nocturno. Señalando el informe que el ruido procedía de la terraza del local Café Concierto Ca Sa Nina situada a 7 metros de la vivienda de los recurrentes en donde se encontraba un gran número de personas.

*Y en las mediciones realizadas durante el periodo mayo-junio de 2017 en el dormitorio de la vivienda y en la terraza exterior de aquella el informe indica "S'observa clarament valors de fins a 70 dBa en exterior en període nocturn entre el dia 03 i 04 de juny de 2017 amb T<sub>i</sub> (temps d'integració) de 5s quan el límit normatiu en la taula B1 de l'annex IV del RD 1367/2007 permet sol 45 Dba. També s'observa en les gràfiques de l'estació de mesura interior que en període diürn es perceben nivells d'immissió procedents de l'item superior a 50 dBa i en període nocturn nivells superiors a 40 Dba. (...). A més en l'àudio adjunt es demostra l'afectació sonora a la que estan exposats els propietaris de l'habitatge afectat y queda demostrat que els nivells sonors corresponents durant l'enregistrament eren de Laeq 1 min= 65'7 dBa superant en >20 dBa els nivells límits normativament reglats. (...)"*

Nos dice la apelada que tales mediciones aportadas como documentales no han sido ratificadas en periodo probatorio, y ese extremo es cierto. Pero no por ello quedan invalidadas. Para tener en cuenta su contenido, la ratificación de esos peritajes no es ineludible. Y que esa ratificación no resulta imprescindible se deduce del artículo 429-8 de la LEC que permite al Tribunal dictar sentencia sin necesidad de esa ratificación pericial si las partes no la solicitan. Tampoco el artículo 335-2 de la LEC exige de forma ineludible la ratificación del informe para que pueda ser tenido en cuenta por el Tribunal. En este sentido se pronuncia la STS de la Sala Primera nº 987/2011 de 11 de enero de 2012 (RC 1308/2010) (ECLI: ES: TS. 2012: 235) En definitiva, las partes podrán solicitar o no la ratificación de sus informes periciales, y para el caso de no hacerlo, tales pericias no



quedan invalidadas, de forma que deberán ser sopesados dichos informes técnicos por el Juez o Tribunal, junto con el resto de prueba obtenida en autos y con arreglo a la sana crítica.

Así las cosas, la parte actora, con esas mediciones ha demostrado un nivel de exposición de los recurrentes a los ruidos generados por el Café Concierto Ca Sa Nina superiores a los permitidos en el RD 1.367/007 de 19 de octubre.

Y ello concuerda con la declaración de la Alcaldía que admitió las quejas de los recurrentes por los ruidos soportados, señalando también el Alcalde que conocía los problemas de salud que tales molestias ocasionaban a la Sra. Mariola . Por otro lado se constata una deficiente actuación por el Ayuntamiento frente a las quejas presentadas por los recurrentes de forma que negligentemente ha consentido el ejercicio de una actividad no autorizada, que generaba quejas y denuncias de los afectados. Con esa dejación municipal se quebrantó la competencia que a los poderes públicos compete de proteger los intereses generales medio ambientales y del derecho al descanso.

Porque la parte actora ha demostrado también que la Sra. Mariola sufrió episodios de crisis de ansiedad y de insomnio generados por la exposición a los ruidos a que se la sometía, y así se desprende de los partes médicos de urgencias que ha aportado a los autos.

En consecuencia, discrepamos de la conclusión a la que llega el Juez a quo que afirma que no se ha demostrado una exposición prolongada a niveles de ruidos insoportables. La Sala considera que la actora ha probado que se ha visto obligada a una exposición de un nivel de ruidos superior al legamente permitido, generado por la actividad del Café concierto Ca Sa Nina, el cual carecía de licencia municipal para el ejercicio de su actividad, y además por un tiempo prolongado, más de dos años. Por lo que sí existe afectación de sus derechos fundamentales porque a pesar de conocer esas molestias el Ayuntamiento de Puigpunyent no adoptó medida alguna para evitarlas aun y a pesar de conocer que incluso provocaban padecimientos físicos a la Sra. Mariola .

Por lo tanto concluimos que por la inactividad municipal los recurrentes han sido perturbados en su propio domicilio de la paz y la tranquilidad a la que tenían pleno derecho vulnerándose su derecho fundamental contemplado en el artículo 18-2 de la CE por causa de las emisiones ruidosas que la actividad de Café concierto Ca Sa Nina producía. El Ayuntamiento, a quien le incumbía proteger los intereses públicos del derecho a la tranquilidad de los vecinos, no impidió el ejercicio de una actividad no licenciada que provocaba molestias y perturbaba el descanso y la tranquilidad de los recurrentes en su propio domicilio, consintiendo que estos quedaran expuestos a unos niveles de ruidos más allá de lo que la normativa permite. Y esa inactividad municipal también provocó en los recurrentes una afectación en su salud, de forma que ello supuso también la vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la CE .

En consecuencia estimamos la apelación y revocamos la sentencia de instancia. Estimamos el recurso interpuesto por el cauce de protección de los derechos fundamentales y declaramos que el Ayuntamiento de Puigpunyent ha vulnerado los derechos fundamentales de los recurrentes contemplados en los artículos 15 y 18-2 de la CE . Y condenamos al Ayuntamiento a que ordene el inmediato cierre cautelar del Café Concierto Ca Sa Nina, en tanto no se acredite la legalidad de su funcionamiento.

**SEXTO:** La apelante critica también la sentencia por incongruencia omisiva en cuanto a que no se pronuncia respecto a los olores producidos por la actividad, el almacén de residuos y la salida de humos.

No se da esa incongruencia ya que la incongruencia procesal lo es en relación a las pretensiones pero no en cuanto a los motivos aducidos. En este caso la pretensión es única, la vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes recogidos en los artículos 15 y 18-2 por los ruidos generados y por los olores.

Y en relación a este motivo la Sala considera que no ha habido durante el debate prueba suficiente y concreta respecto a los olores que han tenido que soportar los recurrentes por el ejercicio de aquella actividad. En relación a la chimenea y salida de humos que el documento aportado en segunda instancia señala que contraviene el apartado 5.5.6 de las NNSS de planeamiento, no por ello ese defecto ya es motivo suficiente para considerar que ello genera unas molestias susceptibles de ser amparadas por el cauce de los derechos fundamentales. Una cosa es la contravención de la normativa urbanística lo cual tendrá su incidencia a la hora de valorar la legalidad de la actividad cuya licencia se cuestiona, y otra distinta es la consecuencia que ese defecto produce en la acción en demanda de protección de tales derechos.

En autos ha demostrado la parte esa vulneración de los derechos fundamentales citados en relación a los ruidos, pero no en relación a los olores. O dicho d otra forma, la contravención de la normativa urbanística de la chimenea y salida de humos, que sí ha probado la parte en este debate, no implica el automatismo de la vulneración de sus derechos fundamentales por la emisión de olores. Es preciso para ello cumplimentar una





prueba que de forma objetiva y suficiente acreditara una emisión de olores insoportables o pestilentes, prueba que en autos no se ha producido.

**SEPTIMO:** En materia de costas la estimación del recurso de apelación determina que no se haga pronunciamiento de las devengadas en esta instancia de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional . Y en relación a las causadas en el Juzgado al estimarse el recurso contencioso imponemos las costas del procedimiento al litigante vencido en juicio, o sea, al Ayuntamiento de Puigpunyent.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general aplicación

#### **FALLAMOS:**

1º) **ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia nº 362/2017 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 que **REVOCAMOS**.

2º) **ESTIMAMOS** el recurso interpuesto para la protección de los derechos fundamentales.

3º) **DECLARAMOS** que el Ayuntamiento de Puigpunyent ha lesionado los derechos fundamentales de los recurrentes recogidos en los artículos 15 y 18-2 de la CE .

4º.- **CONDENAMOS** al Ayuntamiento de Puigpunyent a que ordene el inmediato cierre cautelar del Café Concierto Ca Sa Nina, en tanto no se acredite la plena legalidad de su funcionamiento.

5º.- Sin costas en esta segunda instancia. E imponemos las devengadas ante el Juzgado al Ayuntamiento demandado.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998 , en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998 , en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado