



Roj: **SAN 4780/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:4780**

Id Cendoj: **28079230082013100647**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **04/11/2013**

Nº de Recurso: **766/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **766/09**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador **DOÑA MAGDALENA CORNEJO BARRANCO**, en nombre y representación de DON Luis María, DOÑA Daniela, DON Bernabe, frente a la entidad **AENA** representada por la Procuradora **DOÑA LUCÍA AGULLA LANZA**, contra desestimación presunta de la entidad pública "**AEROPUERTOS ESPAÑOLES Y NAVEGACIÓN AÉREA**" (**AENA**), (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. **D. JOSE ALBERTO FERNANDEZ RODERA**.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 19 de mayo de 2009, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Diligencia de fecha 25 de mayo de 2009, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2010, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- La demandada contestó a la demanda mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2010, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 14 de marzo de 2011, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 30 de octubre de 2013, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones desestimación presunta de la entidad **AENA**, en relación con solicitud de indemnización formulada por DON Luis María, DOÑA Daniela y DON Bernabe, consecuencia de la apertura de la denominada "tercera pista" del Aeropuerto de El Prat (Barcelona), 07R-25L, en septiembre del año 2004. La reclamación deriva de las inmisiones acústicas generadas por esa infraestructura, concretamente a resultas de las maniobras de aterrizaje y despegue en el periodo 2004-2006. Se solicita un total de 251.801 euros, desglosados en 57.060 euros a favor de DOÑA Daniela, 57.060 euros



a favor de DON Bernabe y 95.100 euros a favor de DON Luis María , importes reclamados en calidad de daños morales, y 42.581 euros, por pérdida de valor del inmueble donde residen los tres citados, esto es, matrimonio e hijo. También se solicitan los importes que se vayan devengando durante la tramitación del procedimiento, la adopción de las medidas técnicamente adecuadas para evitar las inmisiones acústicas y los intereses correspondientes.

Los motivos de la demanda se centran, en síntesis, en la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al amparo de los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Se invocan también el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , los artículos 15 , 18 , 149.20 y 23 de la Constitución y la Ley de la Generalidad de Cataluña 16/2002, de Protección contra la contaminación acústica, de 11 de julio de 2002.

Por su parte, AENA contesta a la demanda alegando la existencia de actos de comprobación del cumplimiento de la DIA por parte de la Dirección General de Aviación Civil y de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, fundamentalmente del ruido aeroportuario. Además, habida cuenta de la existencia de un procedimiento penal contra los que en su momento eran Director General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, Director general de Aviación Civil y Presidente de AENA (Procedimiento Abreviado 18/2010 c del Juzgado de Instrucción núm. 3 del Prat de Llobregat), se pide la aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la existencia de prejudicialidad penal, con suspensión del presente procedimiento en tanto no se resuelva el procedimiento penal por sentencia.

SEGUNDO.- El artículo 106.2 de la Constitución Española establece que "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". Del mismo modo el artículo 139.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece idéntico derecho, dentro del sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas. La responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido configurada en nuestro sistema legal y jurisprudencialmente, como de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos, debe ser en principio indemnizada, porque como dice en múltiples resoluciones el Tribunal Supremo "de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad".

No obstante, también ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 5 de junio de 1.998) que no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquella, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento, lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

Para que concurra tal responsabilidad patrimonial de la Administración, se requiere, según el artículo 139 antes citado, que concurran los siguientes requisitos: **A)** Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público. **B)** Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. **C)** Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, así lo dice la Ley 30/92, en el artículo 139 , cuando señala que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y **D)** Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del Caso Fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar. La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo



en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial.

TERCERO.- Dispone el artículo 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación en este orden jurisdiccional por mor de la Disposición Final Primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del procedimiento, sino cuando se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes y, en segundo lugar, que la decisión del Tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución.

Si bien la demandada aporta en el trámite de conclusiones testimonio del Auto de Apertura de Juicio Oral en la causa antes reseñada, de fecha 19 de abril de 2012, contra los tres imputados, Director General de Aviación Civil, Director General de Calidad Ambiental y Presidente de AENA, lo cierto es que, como ya verificamos en sendas Providencias, de 3 de marzo de 2011 y de 27 de mayo de 2013, a las que las partes se aquietaron, no existen méritos para la suspensión que por prejudicialidad penal se recaba, pues, en contra de lo que requiere la norma rituarial antes reflejada, no es posible inferir que la futura decisión adoptada en vía penal pueda tener influencia en la que ahora recaiga.

En efecto, la prejudicialidad sólo opera cuando existe una íntima conexión entre el objeto del procedimiento y a cuestión penal, bien porque el objeto del pleito esté inserto en el proceso penal, bien porque la decisión que ha de adoptarse depende directamente de la decisión que adopte la jurisdicción penal sobre determinado hecho que, sin ser el debatido en aquél, tiene una influencia determinante en el fallo, y que es de aplicación restrictiva, a fin de evitar infracciones del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva mediante injustificadas suspensiones de pleitos no penales (Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de noviembre de 1995). Para ello hay que advertir que verse el proceso penal sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo sin ser conocida antes la decisión que se dicte en sede penal, evitándose así la división de la contienda de la causa y la posibilidad de decisiones contradictorias (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1992). En definitiva, lo que hay que ponderar es la "influencia terminante" (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2010) de las resultados del procedimiento criminal en el que ahora se sustancia.

Esa "íntima conexión" o esa "influencia terminante" aquí no existen, más allá de una coincidencia marcadamente genérica en la existencia de efectos derivados de la apertura de una pista aeronáutica en ambos procedimientos, respecto de los que se depura, en un ámbito jurisdiccional, un hipotético delito contra el medio ambiente, y, en el otro, una pretendida responsabilidad patrimonial administrativa, sin otra conexión relevante, sea subjetiva sea material en sentido estricto.

A esta conclusión no puede obstar la circunstancia, aducida por la demandada, de que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación de Vecinos Playa de Gavá contra resoluciones del Ministerio de Fomento de 27 de septiembre de 2004 y de 24 de enero de 2006, relativas a la autorización de la puesta en funcionamiento de la pista en cuestión, hubiera acordado la suspensión por prejudicialidad penal en el recurso ordinario 797/2005 de su conocimiento, decisión adoptada con plena jurisdicción por ese órgano judicial pero que en nada vincula a esta Sala, que además toma en consideración la circunstancia, bien relevante, de que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de diciembre de 2011, ha desestimado recurso de casación contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de diciembre de 2007, que desestimó a su vez recurso del Ayuntamiento de Gavá contra la meritada puesta en funcionamiento de la tercera pista. Esto es, frente a idéntica actividad administrativa se ha agotado la vía jurisdiccional en un caso y se han suspendido las actuaciones en otro, a lo que no ha de reprocharse incoherencia alguna, simplemente advertir la plenitud de criterio y jurisdicción con que en dos ocasiones puede valorarse idéntico substrato fáctico o, incluso, resolver con pleno acomodo a la legalidad si en un caso no se hubiere planteado el hecho determinante que ahora se analiza, circunstancia en todo caso ajena al conocimiento de esta Sala.

CUARTO.- Descartada la prejudicialidad alegada, y ya abordando el fondo del litigio, ha de significarse que la demandada trae a colación, en su escrito de conclusiones, la incidencia que ha de otorgarse a la Ley 5/2010, de 17 de marzo, de modificación de la Ley de Navegación Aérea.

Al respecto, esta Sala, concretamente su Sección 1ª, en Sentencia de 5 de diciembre de 2012 (Recurso 398/2010) y al menos en otras dieciséis posteriores, ha tenido ocasión de pronunciarse, en relación con otra infraestructura aeroportuaria, pero con criterios que han de trasladarse, "mutatis mutandis", al supuesto que



nos ocupa. A continuación se reproducen sus argumentos, con las modificaciones a que obliga el distinto substrato fáctico de la presente controversia.

QUINTO.- La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito específico de los perjuicios ocasionados por el ruido derivado de infraestructuras aeroportuarias (Aeropuerto de Heathrow), viene integrada, esencialmente, por la STEDH de 21-2-1990, Powell y Rainer contra Reino Unido, la STEDH de 2-10-2001, Hatton y otros contra Reino Unido, y la STEDH de 8-7-2003.

La última de las mencionadas sentencias establece que:

La cuestión del presente caso es si, al poner en marcha la política de vuelos nocturnos de 1993 en el aeropuerto de Heathrow, se alcanzó el equilibrio debido entre los intereses de los individuos afectados por el ruido nocturno y la comunidad. El segundo párrafo del Art. 8 observa que es posible establecer restricciones, entre otras, en interés del bienestar económico del país y la protección de los derechos y libertades de los demás. Por tanto el Gobierno está legitimado al haber tenido en cuenta el interés económico al planear su política de vuelo nocturnos. (...) Si al poner en marcha el esquema se ha alcanzado el equilibrio justo entre los derechos del Art. 8 y los intereses de la comunidad, depende del peso que se haya dado a cada uno de ellos. El TEDH acepta que en este contexto las autoridades tenían derecho a confiar en los datos estadísticos basados en la percepción general de la perturbación por el ruido. Ello no significa que se tenga que descartar al pequeño porcentaje de la población afectada por el ruido. Y las medidas adoptadas tenían que someterse a continua revisión para mantener los objetivos del esquema 93. El TEDH admite que hay una relación entre los vuelos nocturnos y las conexiones así como entre el transporte aéreo y la economía del Estado.

(...) el TEDH constata que el proceso decisorio del gobierno sobre asuntos complejos de naturaleza económica y medioambiental debe ir acompañado de los debidos informes que permitan sopesar correctamente los intereses en juego. Estos informes fueron hechos públicos de manera que estuvieron abiertos a los posibles recursos y consideraciones de los afectados por el funcionamiento del aeropuerto y sus organizaciones representantes. Por ello, el TEDH no considera que las autoridades se hayan extralimitado en su margen de apreciación sin conseguir un equilibrio justo entre el derecho al respeto de sus vidas privadas de los individuos afectados por esas regulaciones y los intereses en conflicto de otras partes y de la comunidad en su conjunto.

En dicha sentencia, así como en las demás citadas, resulta piedra angular del razonamiento la ponderada aplicación de la doctrina del "justo equilibrio", doctrina para cuya apreciación y aplicación, el Tribunal Europeo, toma en consideración los siguientes parámetros:

La lesión sufrida por los demandantes (especialmente cualificada al tratarse de vuelos nocturnos, y por tanto, por afectar al sueño); el valor que para la economía nacional representa el aeropuerto, en general, y los vuelos nocturnos, en particular; las medidas adoptadas por los poderes públicos para garantizar los derechos de los afectados, teniendo en cuenta y ponderando aquella valoración con los derechos de los ciudadanos afectados; y la discrecionalidad con que cuenta todo Estado para determinar qué medidas son las apropiadas para salvaguardar los referidos derechos, así como la forma en que tales medidas deben aplicarse.

SEXTO. En nuestra Jurisprudencia interna es destacable, dada su gran similitud con el supuesto ahora planteado, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 2008 (Rec. 1553/2006) que reconoce el derecho a la indemnización de los daños sufridos por los habitantes de la Ciudad Santo Domingo, como consecuencia de las maniobras de aterrizaje de la pista 18R del Aeropuerto de Barajas, cuando opera en configuración Sur (la misma que da lugar a los perjuicios por los que ahora se reclama).

Sentencia dictada en procedimiento especial sobre derechos fundamentales, y que estimando el recurso de casación planteado, entiende vulnerado el derecho a la intimidad domiciliaria (Art. 18.1 y 2 CE).

Tras referirse a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor, los ruidos determinantes de la infracción del derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE deben ser prolongados, insoportables y evitables, añade que el TEDH, en la sentencia de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España), revocatoria de la STC 119/2001, indica que es indebidamente formalista (*unduly formalistic*) exigir a la recurrente que pruebe los niveles alcanzados por el ruido dentro de su casa cuando las autoridades municipales de conformidad con las ordenanzas, habían declarado acústicamente saturada la zona en la que se encuentra. Declaración que comporta el reconocimiento de que los residentes en ella están expuestos a altos niveles de ruido que les causan serias molestias.

El Fundamento jurídico undécimo obtiene las siguientes conclusiones:

Así pues, el escenario con el que nos encontramos cuando el aeropuerto opera en configuración Sur es el del paso de aviones a baja altura en intervalos de menos de tres minutos, varias horas al día, durante 235 días en dos años y medio, de los que en 31 se prolongaron por dieciséis horas, desde las 7 hasta las 23 horas. Y mientras se



mantuvo esta configuración del aeropuerto, cada tres minutos se produjeron unos picos de ruido que llegaron hasta 78.3 dB coincidiendo con el paso de los aviones con alteración de 21.6 a 43.5 dB, superando los valores recomendados en el interior.

Esta situación, continua la sentencia, no era totalmente inevitable, desde el momento en que se reconoce que hay rutas de aproximación al aeropuerto cuando esta en configuración sur que no incluyen el sobrevuelo de la Ciudad de Santo Domingo.

Por lo que concluye, en el mismo fundamento que: A juicio de la Sala, cuanto se ha expuesto es suficiente para considerar infringido el derecho de los recurrentes a su intimidad domiciliaria y a desarrollar libremente su personalidad en el recinto donde tienen su morada porque la perturbación causada por el ruido del que se viene hablando es suficiente, por su entidad, naturaleza y duración, para generar molestias que lo trastornan más allá de los límites aceptables. En este sentido, hay que indicar que las directrices de la OMS consideran una molestia severa la exposición a ruidos de 55 dB por 16 horas en el exterior y moderada la exposición en ese tiempo a ruidos de 35 dB en el interior de las viviendas y que la normativa sobre edificabilidad recomienda un máximo de 45 dB dentro de las casas.

SÉPTIMO.- En este estado de cosas, y mientras se hallaba en trámite el presente recurso contencioso-administrativo, ha sido publicada la Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (LNA), concretamente el artículo 4 de la misma, cuya redacción originaria era la siguiente: *Los dueños de bienes subyacentes soportarán la Navegación Aérea con derecho a ser resarcidos por los daños y perjuicios que esta les cause.*

Ley que ha entrado en vigor el mismo día de su publicación en el BOE (el 18 de marzo de 2010), y cuyo preámbulo comienza haciendo referencia a la situación de inseguridad jurídica que se esta produciendo en el entorno de los aeropuertos competencia del Estado, que perjudica tanto a los dueños u ocupantes de los bienes subyacentes como a la adecuada prestación de los servicios ligados a dichas infraestructuras.

Su artículo Único modifica el artículo 4 de la Ley de Navegación Aérea, que queda redactado del siguiente modo:

1. *Se reconoce el derecho de los dueños u ocupantes de bienes subyacentes a ser resarcidos conforme a los capítulos IXy XIIIde la presente Ley, la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, los tratados internacionales y Derecho Comunitario, de los daños y perjuicios que se les ocasionen como consecuencia de su deber de soportar la navegación aérea.*

2. *El justo equilibrio entre los intereses de la economía nacional y los derechos de las personas residentes (...) u ocupantes de bienes subyacentes, obligará al Estado, respecto de los aeropuertos de su competencia.*

a) *A garantizar que para las personas las personas residentes (...) u ocupantes de bienes subyacentes en las poblaciones circundantes a dichos aeropuertos se respeten los objetivos de calidad acústica fijados en la normativa aplicable.*

Siempre que se cumplan estos objetivos será obligatorio soportar los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea, sin perjuicio del derecho de los afectados a denunciar los incumplimientos de la normativa aeroportuaria o aeronáutica que pudieran producirse y a recabar su subsanación.

b) *A aprobar planes de acción que incluyan las correspondientes medidas correctoras (...)*

3. *El justo equilibrio entre los intereses en conflicto obligará, asimismo a la Autoridad competente a evaluar continuamente el impacto ocasionado por la infraestructura a las poblaciones circundantes, a vigilar y sancionar los incumplimientos que se pudieran producir y, en general, a instar o adoptar medidas (...)*

4. *Por cada aeropuerto se creará una Comisión mixta que informará previa y preceptivamente el establecimiento de las servidumbres acústicas y los planes de acción asociados (...)*

Modificación legislativa cuyo régimen transitorio se prevé en la Disposición transitoria única, según la cual:

El Art. 4 de la Ley de Navegación Aérea será aplicable a las infraestructuras aeroportuarias preexistentes, así como a los derechos reconocidos a los dueños u ocupantes de los bienes subyacentes, que serán en todo caso respetados, sin menoscabo alguno para la aplicación de los principios establecidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

Disposición transitoria que además determina que la Administración adelantará la aprobación de las servidumbres acústicas y Planes asociados, fijando un plazo de seis meses para ello.



Habiendo sido dictada, en cumplimiento de la misma, la Orden 3320/2010, de 16 de noviembre, por la que se aprueban las servidumbres aeronáuticas acústicas, el Plan de acción asociado y el mapa del ruido del aeropuerto de Barcelona, cuya finalidad, según se expone, es salvaguardar los derechos de los afectados por el impacto acústico, al tiempo que garantizar la viabilidad de las infraestructuras aeroportuarias para que éstas puedan seguir siendo un elemento clave para el desarrollo de la economía nacional.

OCTAVO.- Esta Sala tuvo dudas, en un primer momento, sobre la posible inconstitucionalidad de dicha modificación legislativa, concretamente en lo referente a *la obligación de soportar los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea*, de tal nuevo párrafo segundo del artículo 4.2.a) de la LNA, por su posible contravención con el artículo 106.2 de la Constitución , y también con los artículos 24 (tutela judicial efectiva) y 18.1 (intimidad domiciliaria) de la misma.

No obstante, replanteada la cuestión, y una vez efectuadas alegaciones por las partes, consideramos que es posible efectuar una interpretación conforme a la Constitución (adecuadora o correctora) del tal nuevo artículo 4 de la Ley de Navegación Aérea , sin necesidad de interponer cuestión de inconstitucionalidad alguna. Y ello de conformidad con el artículo 5.3 de la LOPJ , a cuyo tenor procede dicho planteamiento " *cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional* " .

Deriva del mencionado precepto, a juicio de este Tribunal, la innecesariedad de plantear la referida cuestión cuando la Ley pueda ser razonablemente interpretada conforme a la Constitución, cual acontece en el presente caso, pues una interpretación sistemática y teleológica, y no solo literal, del indicado párrafo del artículo 4 de la LNA permite disipar las dudas sobre tal eventual inconstitucionalidad. Y ello por los motivos que pasamos a exponer:

La obligación de soportar los niveles sonoros fijados en la normativa aplicable se supedita por tal Ley 5/2010 al principio del justo equilibrio entre los intereses de la economía nacional y los derechos de tales ocupantes de bienes subyacentes (piedra angular de la reforma, de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Europeo citada).

Y además tal nuevo artículo 4 expresamente menciona, como contrapartida a la obligación de los afectados de soportar los niveles sonoros conformes con los objetivos de calidad acústica, el cumplimiento, por parte del Estado, de las siguientes obligaciones:

-Resarcir a los perjudicados en los supuestos de los capítulos IX (servidumbres aeronáuticas) y XIII (responsabilidad en caso de accidente) de la Ley de Navegación Aérea, de la Ley del Ruido, y del Derecho Comunitario.

- Garantizar el respeto de los objetivos de calidad acústica en las poblaciones circundantes a dichos aeropuertos.

-Aprobar Planes de acción que incluyan las correspondientes medidas correctoras.

-Evaluar, continuamente, el impacto ocasionado por la infraestructura a las poblaciones circundantes, vigilando y sancionando los posibles incumplimientos.

Basta poner de manifiesto lo anterior para concluir que el indicado precepto de la Ley de Navegación Aérea es plenamente respetuoso con el artículo 106.2 CE , pues éste garantiza a los particulares el derecho a ser indemnizados, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, más *en los términos establecidos en la ley* .

De un lado, y de acuerdo con una consolidada y reiterada doctrina Constitucional, iniciada en la STC 127/1987, de 16 de julio (y seguida por las SSTC 70/1988, de 19 de abril y 67/1990, de 5 de abril , entre otras) la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional referentes al funcionamiento de los servicios públicos , sin que quepa deducir del Art. 106.2 la inconstitucionalidad de unas actividades que no pueden considerarse comprendidas en tal categoría de "funcionamiento de los servicios públicos", pues ésta se refiere, examinado el contexto en el que se formula, a los servicios administrativos, quedando excluido el Parlamento mientras ejerza la potestad legislativa.

Por otra parte, y según la misma Jurisprudencia (STC 112/2006, de 5 de abril , por todas), aunque una fórmula de exclusión total y radical de la responsabilidad del Estado, suscitaría dudas sobre su constitucionalidad, pues lo que la Ley no puede es suprimir el derecho a la indemnización de daños administrativos, ni desfigurarlo hasta hacerlo irreconocible (excluyendo, por ejemplo, de la cláusula general sectores enteros), sin embargo la garantía constitucional de su existencia no solo impide, sino que obliga al legislador (en esto consiste la reserva de Ley), a definir el contenido del derecho y a regular los elementos de los hechos dañosos que permitan su imputación a la Administración.



Aplicando dicha doctrina al supuesto de autos, se observa que el meritado artículo 4 de la LNA no lleva a cabo dicha exclusión radical del derecho a la indemnización por daños, ni tampoco desfigura tal derecho hasta hacerlo irreconocible, sino que su regulación de los eventuales perjuicios ocasionados por la navegación aérea, a tenor del esencial principio del justo equilibrio, parte de que los aeropuertos de interés general son vitales para la economía nacional (elemento clave para el desarrollo de la economía y el empleo), y obliga al Estado, al mismo tiempo, a garantizar una serie de medidas a las poblaciones circundantes, derivadas del respeto los objetivos de calidad acústica, incluidas las correspondientes medidas correctoras (servidumbres acústicas, plan de acción asociado, mapa de ruido). Medidas y garantías que se desarrollan pormenorizadamente, respecto del aeropuerto de Barcelona, en la Orden 3320/2010, de 16 de noviembre.

Se invoca asimismo por los recurrentes la lesión del derecho fundamental a la intimidad domiciliaria del artículo 18.1 CE, que tampoco puede considerarse vulnerado por la Ley 5/2010.

Ha de insistirse, nuevamente, en el principio del *justo equilibrio*, procedente de la Jurisprudencia del TEDH, pues repárese en que una sociedad económica y tecnológicamente avanzada, necesariamente ha de comportar un cierto nivel de ruido (inevitable como consecuencia del tráfico aéreo).

Y hemos de referir también la doctrina constitucional de las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, y 150/2011, de 29 de septiembre, a cuyo tenor 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.

Sin que pueda concluirse, de la lectura del nuevo artículo 4 de la Ley de Navegación Aérea, que el mismo implique una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan calificarse de evitables e insoportables.

En definitiva, y según resulta de todo lo anterior, la obligación de soportar los niveles sonoros generados por la navegación aérea, establecida en la nueva redacción del precepto, ha de ponderarse, de un lado, con el interés que para el desarrollo de la economía nacional y el empleo supone la nueva infraestructura aeroportuaria objeto de esta litis y, además, con el obligado cumplimiento de los objetivos de calidad acústica que el mismo precepto impone pormenorizadamente al Estado. Quedando a salvo, en todo caso, el derecho de los afectados a denunciar los posibles incumplimientos de la normativa aeroportuaria o aeronáutica, y a recabar su subsanación. Precepto que, por todo ello, ha de considerarse respetuoso con los derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución, y ha de ser aplicado por la Sala, como a continuación se expone.

NOVENO.- En concreto, tal como en extenso argumenta la demandada, con nutrida aportación documental, respecto del lugar de las inmisiones invocadas, en cumplimiento de la DIA (condición 3ª) de 9 de enero de 2002, se aprobó un Plan ponderando los efectos de la ampliación del aeropuerto de Barcelona, efectuado por "SENER, INGENIERIA Y SISTEMAS, S.A.", se constituyó y reunió una Comisión de Seguimiento Ambiental en la que participó el Ayuntamiento de Gavá, entre otros; se aplicó el llamado modelo INM, por "SENER", para la determinación de las huellas de ruido; en reunión de la Comisión de Seguimiento de 11 de diciembre de 2003 se aprueba el modelo utilizado, con anuencia del Ayuntamiento de Gavá; se producen aplicaciones sucesivas del modelo INM; se desarrollan trabajos exhaustivos sobre las operaciones de despegue y aterrizaje, con valoración de sus efectos sonoros; se realizan mediciones que no indican se rebase el umbral acústico a tener en cuenta; se reconoce por la actora, en fin, que se publicó un concurso público encaminado al aislamiento acústico de viviendas... En la actualidad, además, la Orden 3320/2010, de 16 de noviembre, dictada en cumplimiento de la Ley 3/2010, de 17 de marzo, especifica en su artículo 5 los términos municipales que se encuentran comprendidos en el área afectada por las servidumbres acústicas, entre ellos Gavá, donde se encuentra la vivienda de los recurrentes.

Puesto que la obligación de soportar los ruidos es asimismo aplicable a las infraestructuras aeroportuarias preexistentes, según la disposición transitoria única de la indicada Ley 5/2010, y la apertura de la pista 07R-25L a la que los actores imputan las molestias, fue autorizada por Resolución de la Dirección General de Aviación Civil de 27 de septiembre de 2004, de ello se concluye que la pretensión indemnizatoria de la demanda ha de ser desestimada.

Podría ponerse de manifiesto, como último reparo, la imposibilidad de aplicar retroactivamente una modificación legislativa que, en principio, podría ser considerada como restrictiva de los derechos de los afectados (artículo 9.3 CE).



Frente a ello ha de invocarse que tal modificación legislativa, a juicio de la Sala, y por lo hasta aquí razonado no puede ser tildada de restrictiva de derechos individuales, pues va acompañada de un gran número de garantías y de medidas que obliga a adoptar al Estado.

Consideramos, en definitiva, que lo que tal reforma efectúa es una regulación más exhaustiva y detallada de la materia "por la situación de inseguridad jurídica" existente en el entorno de los aeropuertos competencia del Estado, según reza el preámbulo de la meritada Ley 5/2010.

Como ha declarado con reiteración el Tribunal Constitucional, la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al Art. 9.2 CE (SSTC 6/1983, de 4 de febrero y 126/1987, de 16 de julio), sin que dicha regla de irretroactividad suponga la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales, o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril). En definitiva, que lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración (por todas, SSTC 97/1990, de 24 de mayo).

De manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 178/1989, de 2 de noviembre), por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del Art. 9.3 de la CE , cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta a "situaciones agotadas".

Resulta por ello relevante la distinción que la misma Jurisprudencia efectúa (STC 182/1997, de 28 de octubre), entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, denominada retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas (retroactividad impropia). En el primer supuesto, la prohibición de retroactividad operaría plenamente, y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo -retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.

A tenor de dicha doctrina, es evidente que la disposición transitoria de la Ley 5/2010 es un supuesto de retroactividad impropia, pues no afecta a "situaciones agotadas", o a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de los sujetos, sino a derechos pendientes, condicionados y expectativas. Así se desprende también de la propia redacción del apartado 1 de la meritada Transitoria única, que tras indicar que el artículo 4 de la LNA será aplicable a las infraestructuras aeroportuarias preexistentes, añade que también será aplicable *"a los derechos reconocidos a los dueños u ocupantes de los bienes subyacentes, que serán en todo caso respetados, sin menoscabo alguno para la aplicación de los principios establecidos en el Art. 9.3 de la Constitución Española "*.

En consecuencia, y conforme al repetido artículo 4 de la LNA en su nueva redacción, los recurrentes, propietarios de una vivienda situada en Gavá (Barcelona) no tienen derecho a indemnización alguna como consecuencia de los niveles sonoros, sobrevuelos, frecuencias e impactos ambientales generados por la navegación aérea, al cumplir ésta los objetivos de calidad acústica previstos en la normativa aplicable, lo que conlleva la desestimación de su pretensión de responsabilidad patrimonial ejercitada en la demanda.

DÉCIMO.- No se ha apreciado temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a efectos de lo previsto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción , en materia de costas procesales.

FALLAMOS

En nombre de S.M. EL REY, y en atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo formulado por DON Luis María , DOÑA Daniela y DON Bernabe , contra la desestimación presunta de la entidad pública AENA a que las presentes actuaciones se contraen.

SEGUNDO .- No se hace expreso pronunciamiento sobre las costas devengadas.

Así por esta nuestra Sentencia, que será notificada a las partes personadas haciéndoles indicación de que la misma viene a ser firme y de que no cabe interponer contra ella recurso ordinario alguno, a tenor de lo



prevenido en el artículo 86, apartado 2, letra b), y artículos concordantes, todos ellos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , y de la cual será remitido testimonio en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ