



Roj: **STSJ PV 2806/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:2806**

Id Cendoj: **48020330032017100451**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **3**

Fecha: **20/09/2017**

Nº de Recurso: **96/2017**

Nº de Resolución: **528/2017**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 96/2017**

**SENTENCIA NUMERO 528/2017**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNANDEZ FERNANDEZ

D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

En la Villa de Bilbao, a veinte de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN en el recurso contencioso-administrativo número 34/2014.

Son parte:

- **APELANTE** : AYUNTAMIENTO DE MUTRIKU-MUTRIKUKO UDALA, representado por el Procurador D. ALBERTO ARENAZA ARTABE y dirigido por el letrado D. UNAI ERREA BERGES.

- **APELADO** : Carlos Daniel y Antonia , representados por la Procuradora Dª. MARIA JOSE IDARRETA GABILONDO y dirigidos por el letrado D. CARLOS DE MIGUEL CILLERUELO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por AYUNTAMIENTO DE MUTRIKU-MUTRIKUKO UDALA recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

**SEGUNDO.-** El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .



**TERCERO.-** Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 19/9/2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se impugna la Sentencia nº 199-2016 dictada el 25 de noviembre por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de San Sebastián en el Procedimiento Ordinario nº 34-2014.

**SEGUNDO .-** La Sentencia apelada, en términos que se dan por reproducidos, estima parcialmente el recurso y condena al ayuntamiento demandado a resarcir a los recurrentes en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del defectuoso funcionamiento del servicio público consistente en no haber adoptado durante largos años medida alguna para evitar que se sucedieran los ruidos que, procedentes de un local de hostelería colindante, excedían en su intensidad de los límites normativamente establecidos.

Son varios los aspectos de la Sentencia que se cuestionan y que iremos detallando a lo largo de la exposición pero se resumen en la necesidad de haber distribuido la condena entre el ayuntamiento y la persona causante directa del ruido, en la ausencia de los elementos propios de la responsabilidad patrimonial, en la ausencia de eficacia probatoria de los testigos presentados por la actora, en la eficacia del testigo propuesto por la demandada, en la ausencia de prueba para considerar que el daño presente la data recogida en la Sentencia, en la ausencia de valor probatorio del informe técnico presentado en la instancia y, por último, en la desproporción de la cuantía determinada como resarcimiento.

**TERCERO .-** En el estudio de los distintos motivos tendremos en cuenta que, como nos dice el Tribunal Supremo en la Sentencia de 20 de julio de 2015 -recurso nº 2060-2014, la estructura de la resolución jurisdiccional no está sometida al orden en el que las partes hayan expuesto los motivos y argumentos en que fundamentan sus pretensiones. En términos similares el Tribunal Constitucional en la Sentencia, entre otras, nº 67-1993 refleja que:

"...la congruencia exigida por la Ley no conlleva un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la Sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses (demanda, contestación, recursos o alegaciones en general) donde se contienen las argumentaciones respectivas. Tampoco exige una subordinación del fallo o parte dispositiva a la formulación de las peticiones contradictorias de los litigantes".

3.1 Mantiene la apelante que la condena debió recaer no únicamente sobre ella sino también sobre el causante directo del daño. La Sala considera que la acción ejercitada es la de responsabilidad patrimonial de una administración pública fundada en el defectuoso funcionamiento de un servicio público y por lo tanto su única destinataria es la demandada en tanto que es la titular del servicio público defectuosamente atendido. En efecto el titular de la actividad hostelera habrá causado directamente las molestias ahora bien era el ayuntamiento quien autorizó la apertura de la instalación -atendiendo a que se garantizaba el cumplimiento de una serie de medidas que evitarían el daño a terceros y que después de ha demostrado que ni existían ni resultaban eficaces- y era el ayuntamiento quien debía, y cuenta para ello con enormes potestades -conferidas precisamente para que situaciones como la de autos no tengan lugar-, garantizar que el funcionamiento del local respetaba las condiciones bajo las cuales se autorizó su explotación y adoptar las medidas correspondientes para cuando así no ocurriese imponiendo en todo caso el respeto de la norma en evitación de perjuicios a terceros.

Es pues una acción dirigida específicamente contra la demandada, no contra el titular del negocio, por haber desatendido las que son sus propias obligaciones y las consecuencias han de recaer necesariamente sobre ella.

El objeto de este proceso es, como reflejan las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003-recurso nº 7877/1999 y la práctica totalidad de las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ( destacaremos por ejemplo las de 16 de noviembre de 2004-recurso nº 4143/2002 , 18 de octubre de 2011-recurso nº 21532/2008 y 3 de julio de 2012-recurso nº 61654/2008 ) la pasividad de la administración, tal pasividad es la que origina el daño resarcible.

En reiterado el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos plasmado en todos los asuntos relativos al ruido en el que indica que la responsabilidad del estado puede derivar tanto de no regular la materia como de regularla defectuosamente como de incumplirla y, finalmente, puede derivar también de no aplicarla, de su pasividad.



De tal pasividad es única y lógicamente responsable la propia administración de que se trate, en nuestro caso el ayuntamiento.

Por cierto, y damos así respuesta a otro de los motivos del recurso, que de tales resoluciones como de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2008-recurso nº 101030/2003, se desprende con claridad que supuestos como el planteado en autos cumplen todos y cada uno de los requisitos necesarios para aplicar la responsabilidad patrimonial por la defectuosa prestación de un servicio público.

3.2 Respecto del cuestionamiento de la valoración probatoria que la Sentencia apelada ha efectuado es importante que con carácter previo traigamos a la vista una serie de consideraciones jurisprudenciales de importancia para ello.

Así, cuando la Sentencia apelada haya valorado en conjunto, razonable, proporcionada y objetivamente las pruebas practicadas bajo su intermediación no puede resultar sustituida tal valoración por otra que se limite a determinados pasajes de algunas de aquellas pruebas o que no se funde en criterios técnicos o inteligibles para el ciudadano medio. Al respecto debemos recordar el criterio que el Tribunal Supremo mantiene por ejemplo en la Sentencia de 29 de marzo de 1993 :

"Basta la enunciación de la alegación apelatoria transcrita para comprobar que lo que se pretende en realidad es sobreponer sobre la valoración de la prueba hecha por el Tribunal a quo, la del propio recurrente, intento que necesariamente debe ir conducido al fracaso, pues es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal de que la valoración de la prueba es facultad atribuida al Tribunal, sobre la que no puede prevalecer el criterio de la parte, salvo que se justifique por el apelante el error del Tribunal a quo".

Y criterio que es igualmente seguido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en las Sentencias, entre otras, de 10 de noviembre-recurso 63-05 y 3 de los mismos mes y año, 1995, recurso, en este último caso, nº 24-05:

"Como ya ha tenido ocasión de expresar esta misma Sala y Sección en sentencias precedentes, en el ámbito de la segunda instancia, en cuanto que la misma implica la revisión de la fundamentación fáctica y jurídica efectuada por un órgano jurisdiccional de la pretensión procesal deducida por una parte, es preciso dejar sentado, como premisa rectora de reexamen de la cuestión debatida, que en la valoración de la prueba practicada en el curso del proceso debe primar el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de Instancia, sobre el juicio hermenéutico, subjetivo y parcial, de la parte apelante, de modo que es necesario acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de apelación, sin que sea suficiente una mera discordancia del juicio valorativo de la prueba practicada determinante de la decisión recurrida. Y ello aparece reforzado en base a que la precitada actividad de valoración de la prueba practicada en la primera instancia, viene avalada por el principio de intermediación a la presencia del propio juzgador sentenciador, que permite apreciar y valorar elementos, indicios y circunstancias que escapan a la mera lectura de la documentación procesal de la actividad probatoria".

En el supuesto en estudio, como vamos a comprobar acto seguido, la valoración probatoria y las conclusiones obtenidas que se recogen en la Sentencia impugnada evidencian un completo acomodo a la razón de modo que no van a poder resultar sustituidas en los términos que se pretende en la Apelación puesto que los argumentos que en esta se utilizan resultan incompletos y sesgados en el sentido de que no se toman en consideración más que algunos aspectos probatorios pero se olvidan otros datos de gran trascendencia de modo que las conclusiones inferidas resultan discordantes con el panorama que se desprende de una valoración completa de todos los datos realmente presentes.

3.2.a) Cuestiona la apelante el valor probatorio otorgado al informe técnico de Laecor SL ( se encuentra en la Ampliación 4ª del Expediente ) en el que se constata que en el local de hostelería no cumple las medidas destinadas a evitar molestias a terceros e impuestas en su día para la concesión de la licencia, concretamente se indica en aquel que se excede ampliamente el volumen autorizado, que la instalación de extracción también supera ampliamente las limitaciones a que debía ajustarse, que carece de sistema de limitación específico de volumen, etc.

Dice la apelante, para devaluar el informe, que ni se trata de una actuación administrativa técnica puesto que es una sociedad privada la que lo elabora y que tampoco se ha introducido en el proceso como una prueba pericial y por ende no puede reconocérsele tal carácter.

La crítica planteada está predestinada al fracaso básicamente porque como refleja la Sentencia recurrida y consta en los autos de instancia en la contestación a la demanda -folio nº 213- la propia demandada reconoció valor a dicho informe hasta el punto de reputarlo concluyente y comprometerse a adoptar las medidas pertinentes para que se diese cumplimiento por parte del titular del local hostelero a las medidas



correctoras. No puede admitirse que en Apelación, sin causa alguna que lo pueda legitimar, se acepte un cambio de criterio de tal entidad, no puede ir, en suma, la apelante en contra de sus propios actos.

El informe no se presentó como prueba pericial, desde luego, pero no podemos olvidar que ni las normas sustantivas ni las procesales imponen que la actora deba utilizar un determinado medio de prueba específico, por lo tanto está facultada para utilizar cuantos medios probatorios permite el ordenamiento ( art. 299 de la LEC que, además, en su apartado nº 2 prevé que además de los enumerados en el precepto puedan existir otros medios de prueba ) y entre ellos está la documental y más exactamente la de autos encuentra cabida en el art. 332.2 de la LEC ). En el caso la autoría del documento no ha sido cuestionada en ningún momento y por ello goza del valor probatorio que le dispensa el art. 326 de la LEC . A esto ha de añadirse que se trata de un informe técnico elaborado a instancia de la Diputación Foral y de aquí cabe inferir que la compañía autora del mismo cuenta con la calidad técnica y la confianza fruto de tal encomienda.

3.2.b) Cuestiona la apelante los testimonios depuestos en juicio a instancia de los recurrentes esgrimiendo para ello las relaciones de parentesco o amistad concurrentes. Pero sucede que al regular la prueba testifical la LEC ni les inhabilita como testigo ni priva de validez las manifestaciones de quienes guardan relaciones de esa naturaleza con los litigantes. La relación personal no se convierte así en un elemento que prive de eficacia al testimonio sino que es necesario para ello algo más y es que a través de las propias manifestaciones del testigo se pueda inferir que no son objetivas y que, aún sin intención, se escoren en favor de la tesis de aquella de las partes con quien presenta vínculos personales. En este sentido baste con remitirnos al contenido de los arts. 367.2 y 376 de la LEC .

Tampoco el hecho de que uno de los testigos tenga interés en el pleito puede en este caso dar lugar a la privación de su valor probatorio y es que son múltiples los datos, como veremos, que confirman la posición de la actora y con ello de este testimonio en concreto.

Por lo tanto la valoración que en la Sentencia se contiene de los testimonios presentados por los recurrentes ha de confirmarse.

3.2.c) No ocurre lo mismo con el testigo presentado por la apelante y cuyas manifestaciones pretende esta última dotar de prevalencia; nos referimos a un antiguo concejal. Similares razones a las que la apelante utiliza para devaluar la trascendencia probatoria de los testimonios presentados por la actora servirían para enervar el que estamos analizando y se aprecia así la contradicción argumental que en este aspecto refleja la tesis de la apelante. Pero, además, hay un dato añadido cual es que la apelante expone que a lo largo de los años esta persona no se ha quejado de ruidos molestos en ningún momento y negaría que se produzcan y con esto la contradicción con la tesis de la apelante es manifiesta porque, recordemos, es la propia apelante quien al contestar la demanda reconoce el contenido del informe emitido a instancia de la Diputación Foral sobre el que más abajo volveremos, reconoce que no se cumplen por el titular del establecimiento hostelero las pautas en su día impuestas y que adoptará las medidas oportunas para solventarlo. Recordemos como la Sentencia recoge también que a pesar de todo ello continuaba sin constar actuación municipal alguna ordenada a poner fin a tal situación. En resumen, se está utilizando un testimonio que sería incluso contrario a la propia asunción de hechos por la demandada y esto en unión al contenido de la evaluación realizada por Laecor SL y al resto de la prueba no conducen sino a no reconocer valor alguno a la testifical presentada por la demandada a que nos estamos refiriendo.

3.3 La fecha de inicio de los ruidos que en la Sentencia se considera para establecer el principio de la situación indemnizable debe también confirmarse y es que como consta en autos ( ampliación 1ª del Expediente ) ya en noviembre de 2000 -con ocasión de la fase de alegaciones abierta a los interesados por el ayuntamiento para que pudiesen ser oídos previamente a dictar resolución sobre la reforma del local- los vecinos mostraron su conformidad con la reforma siempre y cuando fuese encaminada a evitar las molestias que desde la apertura del local se venían sufriendo. La conclusión no puede ser otra que ya desde la apertura del establecimiento, anterior a esa fecha, la defectuosa o nula insonorización generaba molestias.

3.4 No es necesario tampoco, al contrario de lo que parece pretender la apelante, que el ruido haya lesionado efectivamente la salud de las personas afectadas sino que basta con que les haya impedido utilizar su vivienda en términos de razonable tranquilidad para cuya determinación se pueden tener en cuenta factores como la superación de los límites normativamente impuestos, la intensidad, los horarios en que se produce, la duración temporal, etc.

En este sentido es importante recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos enmarca la protección contra el ruido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , precepto que dispone:

"Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia;".



El Ponente de esta Sentencia lo ha sido también, hace escasas fechas, en unas jornadas sobre el ruido organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en las que ha expuesto, precisamente, el tratamiento del mismo por los Tribunales Europeo de Derechos Humanos y de Justicia de la Unión Europea y para ello previamente ha estudiado todas las resoluciones que el primero de ellos ha dictado en esta materia ( las Sentencias están disponibles, en las lenguas oficiales del Convenio, en la página Web del Tribunal: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, y también pueden encontrarse, traducidas, algunas de las que afectan a España en la página Web del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos> ); de ellas extraemos cuanto venimos diciendo y concretamente en las Sentencias de 9 de diciembre de 1994-recurso nº 10130/2003 , 18 de octubre de 2011-recurso nº 21532/2002 y 3 de julio de 2012-recurso nº 61654/2008 se expone la innecesariedad de que la salud se vea afectada.

Basta pues con demostrar que el ruido ha impedido utilizar el domicilio en los términos de razonable tranquilidad referidos para que se vulnere el derecho humano transcrito y se genere el derecho al cese de dicha situación y al correspondiente resarcimiento. En el caso ya hemos visto que se ha demostrado la superación de los límites de contaminación acústica permisibles y las molestias a través del informe de Laecor SL y de las restantes pruebas que en apartados anteriores hemos analizado.

En todo caso el potencial del ruido para afectar a la salud psíquica y física es una realidad incuestionable científicamente.

3.5 Respecto de la cuantía del resarcimiento la realidad es que se determina casuísticamente -a veces condicionada la estimación pro el principio de congruencia dado que los perjudicados no había solicitado una mayor indemnización- porque no hay criterios legales ni jurisprudenciales establecidos.

En términos generales, sin perjuicio de lo anterior, pueden utilizarse algunos elementos para objetivar parte de la indemnización pero a pesar de ello siempre va a residuar algún aspecto ineluctablemente subjetivo, veamos.

Si se han causado daños personales la fórmula más razonable será acudir al sistema de valoración de daños de esta naturaleza que la Ley 35-2015 introduce en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Habrà de resarcirse en todo caso -además de por los daños personales de haberse causado ya que son bienes jurídicos distintos los perjudicados- por el quebranto del derecho a la utilización del domicilio en términos de razonable tranquilidad y aquí se abren varias posibilidades.

Por una parte, la utilización en términos de razonable tranquilidad del domicilio puede cuantificarse objetivamente a través del coste del arrendamiento de una vivienda similar a lo que habría que añadir la cuantificación de los elementos que de cada supuesto deriven ( por ejemplo la necesidad de soportar mayores costes de desplazamiento desde esa residencia al lugar de trabajo, ocio, etc y, lógicamente, el mayor tiempo invertido en ello, que también se puede objetivar relativamente a través de porcentajes sobre la remuneración que por cada hora de trabajo perciban los afectados ).

Sobre estos importes, de haberse optado por cambiar de residencia aún temporalmente -y no se olvide que los pleitos de esta naturaleza suponen generalmente períodos extensísimos de tiempo de inactividad administrativa eficaz y los plazos de duración de los pleitos, también dilatadísimos- habrá de aplicarse un porcentaje derivado de la necesidad de haber abandonado el propio domicilio que quizá pudiese objetivarse a través de la aplicación de las previsiones de la Ley de Expropiación Forzosa relativas al valor de afección.

En los supuestos en los que no haya cambio temporal de residencia bien porque se carece de medios para ello bien porque, de tenerlos, se establece por los interesados un orden de prelación de intereses y gastos contrario al traslado -en ningún caso puede obligarse a los perjudicados a trasladarse forzosamente, es decir, el hecho de que no se trasladen no significa ni la ausencia del daño ni la aceptación del mismo ni que no deban ser resarcidos; no puede primarse la grave infracción de la norma que estas conductas suponen sobre la legítima libertad de residencia de los perjudicados- la objetivación del daño puede tener lugar a través del coste de un arrendamiento similar y a ello habría que añadirle la indemnización por el daño moral derivado de soportar la incomodidad y aquí quizá se pudiese aplicar el porcentaje de menor valor que las viviendas ubicadas en zonas sometidas a ruidos presenten respecto de las similares ubicadas en zonas ajenas a tales molestias. De no haberlas el coeficiente aplicable debería ser de naturaleza subjetiva.

Hecho este inciso lo que ocurre es que la Sala no puede, y menos en Apelación, sino ajustarse a como las partes han planteado el litigio, en virtud a los principios dispositivo, de aportación de parte y congruencia, por lo tanto, tales parámetros no son mas que ilustrativos y volviendo caso que nos ocupa no aparece como desproporcionada ni irrazonable la indemnización establecida en la Sentencia y menos aún cuando en la





misma se deja constancia de la pasividad de la demandada para solventar la situación hasta el dictado de la Sentencia.

La Apelación es así desestimada.

**CUARTO** .- De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ las costas procesales se imponen a la apelante y se dará recurso de Casación ordinario frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

### III. FALLA

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR AYUNTAMIENTO DE MUTRIKU CONTRA LA SENTENCIA Nº 199-2016 DICTADA EL 25 DE NOVIEMBRE POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 DE LOS DE SAN SEBASTIÁN EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 34- 2014 Y, EN CONSECUENCIA, LA CONFIRMAMOS.

LAS COSTAS PROCESALES SERÁN SUFRAGADAS POR LA PARTE APELANTE.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0096 17, un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.