

**1.- SENTENCIA No 175/03 del Juzgado de lo Contencioso/Administrativo no 2 de SANTANDER, de once de diciembre de dos mil tres.**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 2002, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del limo. Sr. Alcalde de Castro Urdiales, de fecha 14 de agosto de 2001, por la que se concedió licencia de apertura relativa a un Hipermercado denominado xxxxxxxxxxxx. Igualmente se impugna la resolución por la que se desestimó el recurso de reposición formulado contra la primera.

SEGUNDO.- El presente proceso se ha seguido por el cauce del procedimiento ordinario. Se ha practicado prueba documental, testifical y pericial, y se ha realizado el trámite de conclusiones escritas.

La parte actora pretende la anulación de las resoluciones ( impugnadas, la clausura de la actividad y una indemnización por daños a XXXXXX.

Las partes demandadas pretenden la desestimación del presente B recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- la cuantía de este pleito se ha considerado indeterminada.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte codemandada discute la adecuada representación de la Comunidad recurrente; pero es el caso que por Providencia de 22 de abril de 2002 se tuvo por personada como parte actora a esa comunidad, después de haber subsanado el defecto de acreditación de la representación, actuación judicial que la parte codemandada no impugnó en su momento; por lo que debemos remitirnos a tal providencia y »» desestimar el alegato que, al respecto, de hace en la B contestación a la demanda.

SEGUNDO.-Visto el planteamiento de la demanda, se impone, en primer lugar, analizar el acto impugnado (licencia de apertura) desde la óptica del RAMINP, en concreto, desde la perspectiva de la regulación contenida en sus arts. 34 y 35.

Para tal análisis hay que tener en cuenta la siguiente secuencia de actuación administrativa:

La actividad fue calificada, por razón de su potencialidad de fuente de ruidos, como molesta por la Resolución de la Comisión Regional de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de fecha 26 de junio de 2000, resolución según la cual la licencia municipal de apertura quedaba condicionada a la adopción de las medidas correctoras, en materia de aislamiento acústico, que preveía el propio proyecto

presentado por la empresa interesada. Es de señalar que la citada resolución se refería a la "previa comprobación de su funcionamiento" (de las medidas correctoras) como presupuesto del otorgamiento de la licencia de apertura.

El 16 de julio de 2001, los servicios técnicos del Ayuntamiento, tras realizar una visita a las instalaciones, emiten un informe en el que concluyen, después de detalladas explicaciones sobre las verificaciones realizadas y los defectos de aislamiento detectados, que "NO SE HAN EJECUTADO LAS MEDIDAS CORRECTORAS QUE EN DICHO DOCUMENTO FIGURAN" (Se refiere al proyecto de instalación que aprobó la Comisión Regional de Urbanismo, la cual condicionó el comienzo de la actividad a la adopción de las referidas medidas correctoras- las mayúsculas son del propio dictamen-) . Y de esa rotunda conclusión, debidamente fundamentada en el cuerpo del informe, se deriva la propuesta del servicio informante en el sentido de que "no puede otorgarse la licencia de apertura, hasta que no se subsanen las deficiencias apuntadas".

Con posterioridad, el 14 de Agosto de 2001, el limo. Sr. Alcalde, oída la Comisión de Gobierno, dicta resolución por la que concede la licencia de apertura de la actividad de referencia.

En contemplación de esta secuencia administrativa, la parte actora entiende que se ha incumplido el art. 34 RAMINP y que se ha incurrido en el vicio de nulidad de pleno derecho contemplado en el art.62.1.c) LRJAP (prescindir del procedimiento legalmente establecido). Igualmente alega la existencia de vicio de fondo por vulneración del ordenamiento jurídico, y a tal efecto se refiere a la superación de los niveles de ruido permitidos y a la insuficiencia de los informes en que se funda la licencia de apertura. También se refiere al incumplimiento de los deberes administrativos de control de la actividad.

En respuesta a estos alegatos, hay que exponer lo que sigue:

1.-No hay vicio procedimental propiamente dicho, porque el art. 34 establece un trámite consistente en una visita de comprobación por los servicios técnicos municipales, y tal visita se realizó y se documentó en el aludido informe de 16 de julio de 2001.

El argumento de la parte actora supone o bien la comprensión de la citada visita de comprobación no como un trámite del procedimiento, sino como un auténtico requisito sustantivo que impediría la concesión de la licencia de apertura en el

caso de que la comprobación diese un resultado negativo; o bien la consideración del trámite como un informe vinculante.

No podemos aceptar ninguna de estas dos visiones, porque el art. 34 no fija un requisito sustantivo, sino una actuación de verificación técnica, es decir, un trámite de control preparatorio de la decisión final a adoptar por el órgano municipal competente, en relación con la apertura de la actividad clasificada. Y, aunque, como es lógico, esa verificación debe dar lugar a un informe, el precepto no le

otorga el carácter de vinculante, de lo que debe deducirse, según el art. 83.1 LRJAP, que no tiene ese carácter.

2.- Veamos, ahora, los alegatos referidos a la legalidad sustantiva del acto de concesión de la licencia de apertura.

Como reflexión previa, hay que decir lo siguiente: La jurisprudencia del TEDH del TC y del TS (STDEH de 9-12-94-caso López Ostra; STC 119/01; STC 10-4-03, etc.) ha establecido que las inmisiones acústicas, además de poder atentar, en casos graves, contra el derecho a la integridad física y psíquica, conllevan, cuando superan lo razonablemente tolerable y aunque no constituyan un riesgo grave para la salud, vulneración del derecho a la intimidad y privacidad en el ámbito domiciliario (art. 8 del Convenio Europeo y 18 de la Constitución) . Y de esta doctrina (de la que luego nos ocuparemos con más detenimiento) se puede deducir, por lo que ahora interesa, un reforzamiento, en términos de exigencia de rigor en la interpretación de las normas y mejora cualitativa y cuantitativa de la actividad administrativa, de los sistemas normativos vigentes de control y prevención de ruidos. Esa dimensión constitucional del ruido ofrece a tales sistemas normativos un fundamento nuevo que, al mismo tiempo, justifica la precedente afirmación de reforzamiento, y tal fundamento es la especial vinculación de los derechos fundamentales (arts. 10.1 y 53.1 CE), de la que deriva, entre otras cosas, la obligación de todos los poderes públicos de aplicar con rigor y efectividad los instrumentos que el Ordenamiento pone a su disposición para la protección de dichos derechos frente a los riesgos que los acechan.

En este caso, se trata de los derechos a la integridad física y psíquica y a la intimidad en el ámbito domiciliario, y el riesgo a controlar es el ruido, en cuanto fuente de alteración de esos derechos. Y la institución jurídica que aquí barajamos es la licencia municipal para la realización de actividades molestas, regulada especialmente en el RAMINP. Se trata, por ende, de interpretar y aplicar con rigor esa institución a fin de sacar de la misma todo su potencial protector de los derechos fundamentales afectados, potencial que se concreta en el control administrativo completo y eficaz de las actividades causantes de ruidos, a fin de que se configuren y desarrollen con las medidas necesarias y razonables para la eliminación de los ruidos potencialmente lesivos de dichos derechos.

Pues bien, en el marco de esta reflexión, podemos ya analizar el caso:

Como queda dicho, no hay vicio procedimental, porque la visita de comprobación que establece el art. 34 RAMINP se efectuó.

Sin embargo, lo que si hay son dos vicios de fondo en el acto impugnado de concesión de la licencia de apertura; a saber:

A.-En primer lugar, tal acto carece de motivación aceptable en Derecho (entendido el requisito de motivación no como un simple formulismo, sino como la exigencia sustantiva de exteriorización de razones jurídicamente atendibles, hábiles, dadas la circunstancias del caso y el Derecho aplicable, para justificar la decisión administrativa); y carece de motivación

porque se aparta sin siquiera citarlo del informe de los servicios técnicos municipales, de fecha 16 de julio de 2001, en el que se concluyó la imposibilidad de otorgar licencia de apertura por no haberse instalado las medidas correctoras propuestas en el proyecto y a las que la Comisión Regional condicionó la licencia municipal.

Si, como hemos dicho, deben apurarse los mecanismos normativos para el control de los ruidos, es lógico pensar que hay que dotar de todo su significado garantizador a un trámite como el establecido en el art. 34 RAMINP, que, precisamente, persigue la constatación segura de la adopción y correcto funcionamiento de las medidas destinadas a evitar el daño que la actividad controlada puede ocasionar (en este caso, los ruidos). Y una vía imprescindible para lograr ese objetivo, es, sin duda, la exigencia de una motivación reforzada y concreta de las concesiones de licencia que se aparten del informe desfavorable dado por los técnicos como consecuencia de la realización de la pertinente comprobación. Véase que no ponemos un informe vinculante donde la norma no lo establece, sino que deducimos razonablemente una obligación de motivación reforzada, obligación que podemos localizar en el art. 54.1.c) LRJAP, y que, en todo caso, se justifica en el deber constitucional de apurar los mecanismos legales para la efectividad de los derechos fundamentales.

Pues bien, el acto impugnado no se refiere para nada al informe de 16 de julio de 2001 y sí a informes precedentes que no se dictaron como resultado del concreto y esencial trámite del art. 34 RAMINP, informes, por ende, que no contemplan la realidad de la actividad en el momento inmediatamente anterior a la licencia (realidad que sí contempla el informe de 16 de julio de 2001) y que no cumplen la específica función de control y verificación final atribuida a la visita regulada en el mencionado precepto; y que, por ello, no pueden justificar por sí mismos el apartamiento del informe últimamente citado que el acto impugnado supone.

Ante un informe tan contundente y bien fundado, la concesión de licencia de apertura debió justificarse en una refutación concreta del mismo configurada con nuevos informes resultantes de nuevas visitas de comprobación; pero nada de eso se ha hecho, se ha concedido la licencia con claro desconocimiento de dicho informe, y este proceder, vista la significación constitucional del trámite del art. 34 RAMINP, constituye un actuar injustificado, carente de la motivación necesaria.

B.- Tenemos, por tanto, un vicio de motivación. Pero aun hay una segunda infracción de fondo; a saber:

El acto de concesión de licencia es contrario a Derecho, porque, efectivamente, no se han incorporado a las instalaciones todas las medidas correctoras que el proyecto anunció y que la Comisión Regional consideró condiciones para la concesión de dicha licencia.

Para llegar a esa conclusión basta con atenerse al informe de 16 de julio de 2001 y al informe emitido por el perito designado judicialmente, el cual, tras una exposición detallada con todo tipo de descripciones y explicaciones,

concluye: "se ha mejorado la propuesta constructiva del proyecto en la zona de sala de máquinas (o motores), mientras que se ha incumplido claramente con la propuesta constructiva del proyecto para el resto del local". Es de ver que gran parte de los ruidos y vibraciones percibidas tienen como origen el funcionamiento nocturno de las "isletas" de refrigeración diseminadas por todo el local, así como la actividad diurna cotidiana consistente en el arrastre de carros y en las labores de manipulación, especialmente en la carnicería.

De dicho informe pericial, hay que destacar, además de dicha conclusión, las siguientes afirmaciones, y hay que destacarlas, amén de por su claridad y significado, porque se refieren al mismo defecto de aislamiento acústico detectado por los servicios municipales y reflejado en el tantas veces citado informe de 16 de julio de 2001:

-Refiriéndose a las medidas previstas en el proyecto consistentes en la instalación en las paredes de un "tabicón de ladrillo hueco doble (7 cm), habilitando una cámara de aire y enlucido de yeso", y en el forrado de bajantes y pilares, dice el perito: "Se comprueba la inexistencia de tabicón en paredes perimetrales con cámara de aire". "Se comprueba igualmente la inexistencia de esta medida forrando los pilares".

-Y refiriéndose a las medidas programadas en el proyecto consistentes en la instalación de "un doble techo acústico, con tacos de goma que lo desconecten mecánicamente del forjado inmediatamente superior (...) una cámara de aire entre sendas placas de Pladur de 15 mm por donde discurren las instalaciones de electricidad y ventilación"; el perito dice:

"Se comprueba la inexistencia de doble capa de Pladur flotante y suspendida de tacos de goma.

En su lugar aparece una simple capa de cierre montada sobre perfilera (y por lo tanto no estanca) suspendida del forjado superior mediante varillas metálicas rígidas que no producen ninguna desconexión mecánica entre forjado y techo visto.

Por lo citado, se puede afirmar que la diferencia entre lo proyectado y lo ejecutado en esta partición es muy notable y producirá resultados muy diferentes".

En definitiva, ha quedado probado que las instalaciones no han integrado todas las medidas aislantes que preveía el proyecto dictaminado favorablemente por la Comisión Regional y aceptadas por ésta como condiciones de la licencia de

apertura, condiciones cuyo cumplimiento eficaz había que comprobar antes de otorgar tal licencia. Y, siendo así, debe concluirse la invalidez de dicha licencia.

Se ha debatido en el proceso la superación o no de los límites máximos de inmisión acústica previstos en las Ordenanzas Locales, así como el cumplimiento o no de las exigencias de aislamiento acústico deducidas de las mismas. Pero es de señalar que, con independencia de lo que luego se diga al

respecto desde otras perspectivas implicadas, esas cuestiones no afectan al motivo de invalidez que acabamos de constatar. Y ello porque tal motivo se integra exclusivamente con el incumplimiento de la condición impuesta por la Comisión Regional, consistente en la implementación eficaz de las medidas aislantes previstas en el proyecto de construcción, con total independencia de los niveles de inmisión y las exigencias de aislamiento acústico previstos en las Ordenanzas.

En efecto, por un lado, hay que tener en cuenta que, según reconoce el propio perito judicial, las Ordenanzas no establecen valores concretos de aislamiento, sino que determinan un objetivo: que el aislamiento sea suficiente para evitar transmisiones excesivas; lo que conlleva un margen de apreciación amplio a la Comisión Regional para fijar condiciones concretas de aislamiento. Por otro lado, hay que ver que la parte actora no impugnó los condicionantes impuestos ni fueron discutidos por el Ente Local demandado, y que, en tal circunstancia y habida cuenta lo dispuesto en el art. 33.2 RAMINP, interpretado en su contexto inmediato, dicho Ente Local estaba obligado a exigir el cumplimiento de esos condicionantes. Y, por último, en cuanto a los niveles máximos de inmisión acústica, es de señalar que es una cuestión distinta y autónoma respecto de la que ahora nos ocupa, que es el cumplimiento de las medidas correctoras. Ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante.

C.-Pero aún hay más:

Resulta que la Administración demandada, en fecha 25 de marzo de 2002, dictó un acto por el que impuso a la empresa codemandada una multa, por incumplimiento del art. 9 de la Ordenanza Municipal sobre actividades clasificadas, que fija los niveles máximos de inmisión acústica, acto sancionador que trajo causa de una inspección realizada el 1 de julio de 2001, en la que se detectaron en la vivienda afectada niveles de inmisión superiores a los permitidos por dicho precepto.

Pues bien, tal proceder administrativo presupone que la Administración ha comprobado que las medidas correctoras instaladas no han resultado eficaces en orden a cumplir su objetivo aislante; y a esta comprobación debió seguir una nueva actuación de control con nuevas visitas de verificación a los locales y, en su caso, la determinación de nuevas medidas correctoras, para finalizar, si a ello hubiese lugar, con la clausura de la actividad. A ello obligaba no solo el carácter control dinámico y continuado que la jurisprudencia ha predicado de las técnicas autorizantes reguladas en el RAMINP, y lo establecido en el art. 35 de esta norma, sino la nueva dimensión constitucional que, hemos

visto, da a tales instrumentos legales la doctrina del TEDH y del TC sobre la posible afectación por ruidos de relevantes derechos fundamentales. Es más, si se sancionó por superarse los niveles máximos de inmisión acústica, bien puede pensarse que la lógica institucional obligaba a la Administración a

plantearse el restablecimiento de la legalidad con la medida de cierre de la actividad, mientras se adoptaban las medidas

•Fue corrigiesen esas inmisiones prohibidas (medida que, recuerda, no sería sancionadora, sino, como queda dicho, restablecimiento de la legalidad conculcada y protección de los derechos afectados).

Pues bien, nada de lo dicho ha hecho a la Administración demandada y esta inactividad es expresión de incongruencia clara dejación de sus deberes de control de ruidos en el marco del RAMINP.

En consecuencia de todo lo que precede, debemos anular el acto impugnado. Y, en cuanto tal anulación significa la falta de cobertura del funcionamiento de la actividad, debemos igualmente ordenar a la Administración que proceda a realizar las actuaciones jurídicas y materiales precisas para el cese de dicha actividad mientras y hasta que se compruebe la instalación de las referidas medidas correctoras y su funcionamiento eficaz.

La parte actora alega, también, como vicio de fondo, la vulneración de su derecho fundamental a la intimidad en el ámbito domiciliario; pero este motivo lo analizaremos al resolver en el fundamento siguiente sobre la pretensión de indemnización.

SEGUNDO.- Toca ahora analizar la pretensión de indemnización formulada por la parte actora..

En primer lugar, hay que decir, saliendo al paso de los alegatos de demandada y codemandada, que este juzgador es competente para enjuiciar dicha pretensión, dado que la misma no se presenta con autonomía, sino como una medida de restablecimiento de la situación jurídica individualizada, relacionada, en secuencia causa-efecto, con la pretensión de anulación del acto impugnado (art. 31.2 LJCA) ; por lo que las reglas de distribución de la competencia objetiva deben referirse al autor y la materia de dicho acto y no a la pretensión indemnizatoria.

•Esto sentado, debemos comprobar si ha habido en el patrimonio jurídico de la reclamante una lesión resarcible imputable al Ente Local demandado, esto es, un daño real, individualizado, evaluable y antijurídico (en el sentido de que aquélla no 'tiene el deber jurídico de soportarlo), que pueda afirmarse producido por el acto administrativo impugnado, en una valoración jurídica (imputación) de la causalidad física existente.

1.-Ha habido daño:

1.a).-Se ha producido una inmisión acústica en la vivienda de la recurrente que debe reputarse intolerable en términos de razonabilidad, lo que da lugar a la lesión de su derecho a la

intimidad en el ámbito domiciliario y a la existencia de un daño moral (en realidad, ambas cosas están relacionadas: daño moral y lesión del derecho fundamental, aunque debe decirse que habría daño moral sin necesidad de afirmar tal vulneración constitucional). Trataremos, a continuación, de justificar

este aserto, acudiendo a la jurisprudencia civil en la materia para ponerla en relación, en tarea hermenéutica, con la aludida doctrina del TC y con la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el ámbito civil de las llamadas relaciones de vecindad (ámbito en el que el daño moral producido por las inmisiones acústicas ha sido considerado indemnizable de forma unánime), aun partiendo de la independencia entre la consideración administrativa y la civil sobre el ruido, se ha acuñado el criterio de que la superación de los niveles máximos regulados por las Ordenanzas municipales es presunción "iuris tantum" de la intolerabilidad civil de la inmisión acústica. Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 29 de noviembre de 2001, no se trata de determinar si los ruidos procedentes de la actividad desarrollada son administrativamente correctos, o están dentro de los límites fijados por la normativa administrativa, sino si son civilmente excesivos o molestos para los vecinos, aún cuando hay que partir, salvo en prueba en contrario, de que toda inmisión ruidosa superior al límite reglamentariamente permitido por la ordenanza municipal aplicable es molesta civilmente.

Tal independencia y presunción las explica lúcidamente el Magistrado D. Francisco Javier Fernández Urzainqui en su libro "La tutela civil frente al ruido" (pag. 82) cuando dice: "Esta tendencia jurisprudencial se asienta en la consideración de que los niveles administrativamente establecidos, al haber sido concebidos en interés general y no en pocas ocasiones con cierta permisibilidad, difícilmente hallan en las particulares circunstancias del caso justificación bastante para su superación, pero que por debajo de ellos el juicio de tolerancia civil es más relativo y ha de conjugar, con estos valores, otros factores y circunstancias peculiares del caso concreto examinado" (de esta reflexión nos interesa, como es obvio, el primer inciso).

Pues bien, aplicando dicho criterio relativo al método probatorio de la presunción, es de ver que en la inspección llevada a cabo por policías municipales el 1 de julio de 2001 en el domicilio de la recurrente, en horario nocturno, se detectó un nivel de ruido de 35,7 dB (A), es decir, netamente superior al límite máximo establecido en la Ordenanza aplicable, que es de 30 dB (A) en horario nocturno; lo cual nos llevaría a dar por probada la existencia de inmisión acústica intolerable en el entendimiento civil del término.

Como paréntesis y saliendo al paso de los alegatos de la parte codemandada, hay que señalar que, tratándose de un control administrativo dinámico afectante a la protección sobre ruidos, resulta aplicable la normativa vigente en el momento de la comprobación (otra cosa sería desvirtuar dicho control e imposibilitar el logro de sus objetivos de relevancia constitucional). Y, por las mismas razones y porque no se

pueden obtener licencias ilegales por silencio, debemos rechazar el alegato de la parte codemandada referido a que ya tenía licencia ganada por silencio positivo.



La superación de los niveles máximos de inmisión, también, se deriva del informe pericial aportado por la parte actora, el cual está bien fundamentado y realizado por expertos en la materia.

El perito judicial en su informe concluye que el ruido recibido en la vivienda de la actora, aunque es audible, no supera los límites de la Ordenanza en horario nocturno y, tampoco, en horario diurno.

Ahora bien, en la comparecencia en juicio, dicho perito hizo dos aclaraciones de suma importancia para valorar, a efectos probatorios, su intervención:

Es la primera que la valoración hecha en el informe se refería al ruido transmitido por vía aérea, pero que el funcionamiento de las isletas de congelación puede transmitir ruidos por vía sólida a través de vibraciones. Y que "en las isletas de mayor intensidad de congelación podrían producirse vibraciones mayores".

Tenemos, por ende, que el perito judicial deja una puerta abierta a considerar que las vibraciones (o ruidos transmitidos por vía sólida) puedan sumarse a los ruidos transmitidos por vía aérea, con lo que sus valoraciones acerca de la superación de los límites de la Ordenanza ofrecen una duda razonable, lo que hace cobrar valor a las mediciones de los policías locales y de los peritos que firmaron el informe presentado por la parte actora.

Es oportuno traer a colación, como elemento interpretativo, el art. 3.d) de la reciente Ley 37/03, de 17 de noviembre, del Ruido, el cual, al definir la contaminación acústica, incluye a las vibraciones junto a los ruidos.

Es también oportuno recordar que la propia Administración aceptó la corrección técnica de las mediciones de los policías locales, cuando fundó en las mismas la actuación sancionadora precedentemente aludida.

Y la segunda aclaración del perito judicial que interesa resaltar, es que la medición efectuada en periodo diurno debe matizarse en el sentido que el transporte de carros y las tareas de carnicería pueden provocar picos de sonido, lo cuales podrían superar los límites fijados en la Ordenanza, y que la naturaleza de la actividad conlleva la existencia habitual de esos picos de sonido.

Pues bien, esta última aclaración determina, claramente, que la conclusión del informe respecto de la no superación de los límites referidos está sujeta a la muy relevante matización de que los picos de sonido, que son consustanciales a la actividad, pueden superar tales límites.

Para terminar esta valoración de la prueba, conviene hacer la siguiente reflexión: Aunque los datos objetivos derivados de

las mediciones de ruidos son importantes, lo mismo que los son los límites físicos determinados en las ordenanzas locales, no debe olvidarse que el objetivo de toda la regulación sobre

ruidos y de su aplicación no es otro que evitar las inmisiones (ruidos aéreos y vibraciones) que excedan de lo tolerable desde la perspectiva de los derechos de los afectados, especialmente, de su integridad física y psíquica y de su derecho al disfrute pleno de su vivienda; y debe convenirse en que la apreciación de esa garantía, en cuanto se refiere a parámetros tales como el sosiego y tranquilidad precisos para el desarrollo en el ámbito domiciliario del desarrollo libre de la personalidad, no puede limitarse solo a datos físicos de niveles de ruido, o mejor dicho, esos datos deben ponerse en conexión, en la medida que las circunstancias del caso lo reclamen, con apreciaciones subjetivas relativamente objetivadas, eso sí, por criterios razonables de tolerabilidad. Pues bien, en este caso, son de importancia las declaraciones testimoniales de los policías que hicieron la medición de referencia: El policía local no 5 declaró que, a la hora en que se hizo la medición no había ruido de fondo, por lo que el ruido percibido en la vivienda tenía que provenir del hipermercado, y que éste, a esa hora, era molesto; y el policía no 19, además de coincidir con el primero acerca de la procedencia del ruido, calificó éste como "muy molesto, similar a un frigorífico cuando carga, pero aumentado". Y decimos que estas declaraciones son importantes, porque aportan una valoración subjetiva, pero cualificada (por su neutralidad y provenir de quienes tienen experiencia en la realización de visitas para comprobar ruidos), que hace a la percepción humana del ruido y la vibración, percepción, que habida cuenta la finalidad del sistema de protección contra ruidos, debe tenerse en cuenta para determinar el grado de la inmisión acústica, máxime en este caso en que las mediciones objetivas no son coincidentes.

Tenemos, por lo expuesto, que ha habido una inmisión acústica que supera los límites normativos, que se puede calificar de B muy molesta, y que esto implicaría en el ámbito civil una injerencia en el disfrute de los propios bienes intolerable y prohibida. Pues bien, debemos afirmar, en el ámbito que ocupa, que tal inmisión vulnera el derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario, lo que, como es obvio, la hace intolerable también desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

El TC ha establecido lo siguiente en su Sentencia 119/01, de 24 de mayo

" Cuando la exposición, continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física, y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en

peligro grave e inmediato la salud,, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona "al respeto de su vida privada y familiar,, de

su domicilio y de su correspondencia", el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal, y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) . Respecto del primero de estos derechos fundamentales ya hemos advertido en el anterior fundamento jurídico que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5;1347/1985, de 17 de octubre, FJ 2, y 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

Teniendo esto presente, podemos concluir 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...// (el subrayado es nuestro).

Pues bien, parece razonable sostener que, al menos como criterio orientador, la intolerabilidad civil de la inmisión acústica integra la insoportabilidad a que el TC se refiere como presupuesto de la vulneración del derecho fundamental. Y, siendo así, y habiendo establecido que los ruidos superan los niveles permitidos por la Ordenanza aplicable y que resultan muy molestos, especialmente por la noche, debe concluirse que ha habido lesión del referido derecho fundamental.

Es de señalar que la STS de 1.0 de abril, de 2003 llega a la misma conclusión en razón de la superación de Los niveles máximos de inmisión regulados en la normativa local,

I.b).-La lesión del derecho fundamental implica la indemnización como forma de reparar dicha lesión, con independencia de la existencia de daño derivado. Así lo entiende la STS de 10 de abril de 2003

I.c).- Aparte y con independencia de lo anterior, ha habido un daño moral derivado de la inmisión, daño moral que es el sufrimiento psíquico consecuente a la ansiedad que produce el ruido intolerable y el no poder disfrutar del domicilio y del descanso que debe procurar ( SSTS de 23 de julio de 1990, de 27 de julio de 1994, de 27 de enero de 1998, de 31 de mayo de 2000, entre otras muchas)

Tal daño ha quedado acreditado con los informes médicos aportados por la parte actora. Y, por otra parte, es de recordar la jurisprudencia civil según la cual los daños morales derivados del ruido se entienden probados por la existencia misma de la inmisión acústica y su carácter intolerable, lo que es una manifestación de la doctrina de la "in re ipsa loquitur". Dice así la STS de 31 de mayo de 2000:

"cuando la realidad del daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur" ... no es exigible una concreta actividad probatoria". Y, aún, se puede aplicar analógicamente el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, según el cual, "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima//.

2.-Es un daño individualizado y evaluable

El daño afecta a la vivienda de la demandante y a su bienestar en el disfrute de la misma y, aunque la jurisprudencia ha reconocido la dificultad de traducir cuantitativamente el daño moral, esa misma jurisprudencia ha procedido a cuantificarlo buscando diversas formulas de equidad

3.-Es un daño imputable a la Administración.

Procede de la ilegal concesión de la licencia de apertura, de la dejación de sus funciones de control efectivo por parte del Ente Local demandado. Ha quedado acreditado que la intromisión procede del Hipermercado, y es la referida licencia la que posibilita el funcionamiento del mismo

La STS de 10 de abril de 2003 no duda en imputar la lesión del derecho fundamental y el consiguiente daño a la inactividad administrativa en el cumplimiento del RAMINP. Dicha sentencia, al razonar sobre la responsabilidad de la Administración local en esta materia, dice:

"Baste recordar que los aps. f) y h) del art. 25.2 de la L 7/1985 de 2 Abr., de Bases del Régimen Local, atribuyen al Municipio e ejercicio de competencias en las materias de protección del medio ambiente y la salubridad pública; que el art. 42.3 a) de la 14/1986, de 25 Abr., General de Sanidad, señala el control sanitario del medio ambiente, como responsabilidad de los Ayuntamientos; y que el Reglamento de Actividades Molestas Insalubres, Nocivas y Peligrosas declara la competencia general de los órganos municipales para la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre la materia (art. 6) y, más particularmente, le reconoce funciones de inspección sobre las actividades que vengas desarrollándose y potestad para adoptar medidas frente a las deficiencias comprobadas (arts. 36 y 37)//.

4.- Es un daño antijurídico.

No por la anulación de la licencia (art. 142.4 LRJAP), sino porque es obvio que no hay deber de soportar los daños ocasionados por un funcionamiento anormal de la Administración, en cuanto incumplidor de las normas de control cuyo fin es la garantía de derechos fundamentales.

Existe una doctrina jurisprudencial, que podemos denominar doctrina de comportamiento excusable, según la cual no sería antijurídico el daño derivado de un acto administrativo posteriormente anulado, en los casos en que la Administración hubiera aplicado la legalidad de modo razonable, de tal manera que el error apreciado al anular el acto pueda calificarse de excusable.

Sin embargo, tal doctrina no puede aplicarse aquí, porque la ilegalidad de la licencia de apertura fue advertida por informes de los servicios técnicos del propio Ayuntamiento y porque éste actuó de modo incongruente al sancionar a la recurrente por superación de los niveles de ruido, con posterioridad a la licencia, y no realizar actuación alguna de comprobación de la situación real acerca de las medidas de aislamiento.

TERCERO.- Visto lo que precede, únicamente resta fijar la indemnización debida a la recurrente.

Como paso previo, debe establecerse que el único daño indemnizable es el daño moral derivado de la inmisión y de su efecto de impedir el disfrute razonable del propio domicilio y del derecho fundamental a la intimidad en el ámbito domiciliario.

No podemos tener en cuenta daños a la salud, porque no se han probado. Los informes médicos aportados acreditan la existencia de cierta ansiedad, es decir del daño moral, pero no determinan un daño psíquico cierto y debidamente delimitado. Y tampoco se ha acreditado ningún otro daño material ni económico.

Si se acude a la jurisprudencia civil, se pueden encontrar diversos criterios para cuantificar el daño moral; pero estimamos que el más adecuado es el seguido por la STS de 10 de abril de 2003.

Dicha sentencia remite a la ejecución de sentencia la determinación concreta de la cuantía de la indemnización con arreglo a las siguientes bases:

1) tendrá en cuenta el precio de arrendamiento de una vivienda de iguales características a la del recurrente en cuanto extensión situación; y

2) considerará el periodo de tiempo comprendido entre la fecha de la primera solicitud del 'demandante que no fue atendida y aquella otra en la que se lleven a la práctica medidas que de manera efectiva hagan desaparecer las molestias derivadas del exceso de ruidos (si ya se hubieran adoptado mientras se ha tramitado este proceso se estará a la fecha de esa adopción)".

Entendemos que este criterio es acertado, porque si el daño moral es el sufrimiento producido por no poder disfrutar de la propia vivienda en condiciones de normalidad, y, con ello, no poder desarrollar la libertad y la intimidad que el domicilio ampara, a la hora de cuantificar ese daño, es de todo punto lógico acudir al precio de un alquiler de una casa de iguales características durante el tiempo en que el daño se mantenga.

Ahora bien, respecto de la duración del daño (segunda base de la sentencia citada), debemos introducir el siguiente matiz:

Como quiera que la pretensión de indemnización se hace en el marco de la impugnación del acto de concesión de la licencia de apertura, la indemnización únicamente podrá abarcar el

tiempo que medie entre la fecha de dicho acto y el momento en que cese la actividad o se corrijan las deficiencias que la afectan. Los daños que se hayan podido producir con anterioridad a la concesión de la referida licencia, no pueden tenerse en cuenta aquí, porque, al no estar en línea directa con el acto impugnado, quedarla extramuros del ámbito propio de la pretensión de reconocimiento de situación individualidad consecuente a la pretensión de anulación, y, por ende, fuera de la competencia de este juzgado.

En consecuencia de lo que precede, y remitimos la determinación de la indemnización a la fase de ejecución de sentencia, donde las partes deberán fijar sus posiciones, al respecto, con arreglo a las referidas bases.

Si bien debe determinarse que, por aplicación del principio de congruencia, no podrá fijarse una cuantía mayor que la expresada en el "suplico" de la demanda.

CUARTO.- No apreciamos motivos que justifiquen la condena en costas .  
FALLO

Estimo parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo, anulo las Resoluciones impugnadas de 14 de agosto de 2001, ordeno a la Administración demanda que proceda a la clausura de la actividad a que se refieren dichas resoluciones, mientras no se adopten las medidas adecuadas para evitar las intrusiones sonoras en las viviendas afectadas, y declaro el derecho de Da xxxxx a ser indemnizada por la Administración demandada en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, con arreglo a las bases limite fijadas en esta sentencia. Sin condena en costas.

Así, Por esta sentencia que se notificará a las partes con indicación de que no es firme dado que contra ella cabe interponer ante este Juzgado recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81 y 85 de la L.J.C.A. dentro de los quince días siguientes al de su notificación, lo pronuncio, mando y firmo.