

## **2.-Sentencia de la A. P. DE BIZKAIA, nº 473/08 de 1 de octubre de 2008.**

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de juicio ordinario, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de primera instancia nº 2 de Barakaldo y del que son partes como demandante D..... representados por la Procuradora Sra. Susana Canduela y dirigidos por el Letrado Sr. Terceño Ruiz, y como demandado ....., representada por la Procuradora Doña Carmen Ulibarrena y dirigido por el **Letrado Don Alfonso C. Terceño Ruiz**, y ..... representada por la Procuradora Sra. María Bellido y dirigido por el Letrado Don José María Margolles López, siendo la Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Magdalena García Larragán.

### ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador en primera instancia se dictó, **con fecha 1 de octubre de 2007, sentencia** cuya parte dispositiva dice literalmente:

FALLO:

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora DOÑA SUSANA CANDUELA ALBA en nombre y representación de...contra..., y desestimando la interpuesta contra.....

PRIMERO.- Condeno a..... a anular, a su costa, la actual solución de ventilación existente en el local del supermercado ..... sito en los bajos de la calle Llano núm. 56 de Barakaldo, solución correspondiente a una serie de rejillas instaladas en las fachadas del edificio donde se asienta el local, salvo las correspondientes a las tomas de aire, y a sustituirla por la formación de una chimenea hasta la cubierta que supere en dos metros la altura del tejado.

SEGUNDO.- Condeno a ..... a que realice las adaptaciones técnicas u obras necesarias para que cesen en los dormitorios de las viviendas de los actores las inmisiones de ruidos en horario nocturno y por encima de 25 decibelios con las ventanas cerradas, provenientes de la maquinaria y de las actividades propias del supermercado referido, insonorizando el local comercial en lo que fuera preciso, respecto de las viviendas contiguas, de forma eficaz y a su costa.

TERCERO.- Absuelvo a ..... de todos los pedimientos formulados contra ella.

CUARTO.- Todo ello se entiende con expresa imposición a ..... de las costas procesales causadas a los demandantes, y con imposición a la parte actora de las costas procesales causadas a.....

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de ..... y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación, y recibidos en esta Audiencia y una vez turnados a esta sección, se formó el correspondiente rollo y se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO.- Para la votación y fallo del presente recurso se señaló el día y hora correspondiente.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias se han observado las formalidades y términos legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la representación de la demandada frente a la sentencia apelada en un alegato impugnatorio en que, tras insistir en la existencia de las licencias de obra y actividad que amparan el acondicionamiento y el ejercicio de la actividad por parte de esta recurrente en el local de autos, aduce, en lo que atañe a la condena que le ha sido impuesta a anular la actual solución de ventilación existente en el local del supermercado, en los términos que se han recogido en los Antecedentes de Hecho precedentes, de un lado, errónea valoración probatoria en la primera instancia, en cuanto el caudal de salida de aire no supera  $1 \text{ m}^3/\text{s}$ , que es el límite establecido en los artículos 83 al 89 de la Ordenanza Reguladora de Protección del Medio Ambiente de la Contaminación Atmosférica; el supuesto problema de la inmisión molesta de gases u olores afectaría exclusivamente a una sola rejilla según la propia parte demandante, y ésta no ha acreditado mediante la necesaria pericia el caudal de salida del aire por las rejillas ni ha realizado un análisis químico que permita determinar la naturaleza del aire o gases expulsados por las rejillas, siendo que la inexistencia de olores en las rejillas ha sido constatada tanto por los policía municipales, cuyo testimonio malinterpreta la sentencia recurrida, como por uno de los propios testigos de la actora y por los servicios técnicos del Ayuntamiento de Barakaldo, que realizaron diversas visitas de inspección y elaboraron diversos informes; ni tampoco ha valorado la sentencia objeto de recurso el testimonio del perito médico que consideró como posibles causas de los malos olores la proximidad de las viviendas a las instalaciones de Sefanitro, empresa productora de ácido sulfúrico, habiendo puesto de manifiesto también este perito que las viviendas se encuentran en una zona altamente contaminada. Y, de otro, en cuanto al fondo de este pronunciamiento, que la sentencia recurrida no resuelve en el sentido de decretar la adopción de medidas legales de cualquier tipo que eliminen las supuestas expulsiones de aire molesto sino en el sentido de imponer la obligación de que se anule el actual sistema de ventilación, a través de rejillas en la fachada, y se implante una solución consistente en “la formación de una chimenea hasta la cubierta que supere en dos metros la altura del tejado”, conclusión que esta parte entiende no ajustada a derecho cuando, no sólo se ha dado una incorrecta interpretación del [Decreto 171/1985, de 11 de junio del Departamento de Política Territorial y Transportes del Gobierno Vasco, sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas](#), sino que además las supuestas expulsiones de aire molesto se constriñen a una sola rejilla, el Ayuntamiento de Barakaldo prohibió expresamente a esta parte la instalación de una chimenea o conducto de evacuación a cubierta y la solución de aprovechamiento de una posible instalación de un ascensor en la edificación para instalar un conducto a cubierta no pudo llevarse a cabo, entre otras cuestiones, por la frontal oposición de los demandantes a la instalación del ascensor, y además el Ayuntamiento de Barakaldo, después de revisar las instalaciones, certificó la adecuación a la normativa de lo llevado a cabo al otorgar la Licencia de Actividad; viniendo a imponer la sentencia a la hoy recurrente una solución de cumplimiento imposible cuando no se permite por el Ayuntamiento, no habiéndose tenido en cuenta otras soluciones alternativas y más justas para todas las partes, obligándose así a Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. al cierre del local, con los cuantiosos perjuicios que de ello se derivan.

Y en lo que atañe a la condena que le ha sido impuesta a realizar las adaptaciones técnicas u obras necesarias para que cesen las inmisiones de ruidos en horario nocturno, según los términos que también se han recogido en los Antecedentes de Hecho de esta resolución, que la sentencia recurrida considera probado el hecho de que todas las mediciones son inferiores al límite de 30 decibelios que para los dormitorios establece la Ordenanza de Barakaldo, tratándose así de una actividad reglamentariamente correcta ; habiéndose dado igualmente una errónea interpretación de la prueba cuando los datos tomados in situ por los peritos no reflejan ninguna oscilación de ruido que pudiera producirse por el encendido y apagado de las máquinas de frío, contraponiendo en este sentido al dictamen de esta misma parte, e incidiendo en que la testigo de adverso Sra. Lenas ha declarado que hace ya dos años no oye ruidos por la noche; sosteniendo que no se ha acreditado que existan inmisiones acústicas que superen el nivel de normalidad establecido por los criterios científicos y jurisprudenciales.

Impugna finalmente el pronunciamiento en costas procesales al entender que la procedencia del recurso obliga a su imposición a los demandantes.

Solicita por todo ello la revocación de la sentencia recurrida y desestimación íntegra de la demanda interpuesta de contrario; o, para el hipotético supuesto de que no se hiciera así se revoque la sentencia recurrida estableciendo la obligación de ..... de eliminar las inmisiones

que eventualmente se declaren como molestas por cualquier medio y no necesariamente mediante la instalación de un sistema de ventilación por chimenea a cubierta. Todo ello con imposición a la parte adversa de las costas causadas.

SEGUNDO.- Planteada como cuestión previa en el recurso el hecho de que la apelante cuenta con las pertinentes licencias de obra y actividad para el local de autos, hemos de comenzar por indicar que en el ámbito de relaciones de vecindad en que aquí nos movemos - las que, como ya remarcamos en [sentencia de 15 de mayo de 2003](#), en su sentido más amplio imponen límites al uso o goce de los bienes y de las facultades del domicilio con objeto de armonizar su correcta disfrute sin impedimento para los demás de las mismas facultades y llegar a imponerles más incomodidades y molestias que las tolerables en el ámbito de una equilibrada y pacífica convivencia social, en la que las llamadas normas o relaciones de vecindad, no son sino las leyes y usos que definen esos límites, corrigen situaciones de abuso e impiden la persistencia del daño ilícitamente inferido - es una doctrina reiterada que el que el acatamiento y la observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados, y que los Reglamentos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplen, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos. Así, entre otras, SSTS de 16 de enero de 1989 y 24 de mayo de 1993 y más reciente [de 31 de mayo de 2007](#), con remisión a Sentencia de 12 de diciembre de 1980, en que por demás incide - y ello hace a las alegaciones sobre las eventuales consecuencias económicas negativas que pudieren derivarse para la apelante - en que "el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebrantamiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva" .

Es desde esta perspectiva desde la que debemos abordar la cuestión litigiosa, aun sin obviar las exigencias reglamentarias a que se refiere el [artículo 590 del Código Civil](#), entendidas desde la óptica expuesta como el mínimo cumplimiento.

TERCERO.- Precisamente es en el citado precepto, [artículo 590 del Código Civil](#), en que se funda la resolución objeto de recurso (Fundamento de Derecho Octavo), para concluir que las inmisiones, olores, que padecen los demandantes no pueden serles impuestas.

Desde luego tales inmisiones han quedado constatadas en autos por los testigos aportados y perito arquitecto superior según se expone en la resolución de primera instancia y no se desvirtúa por la recurrente por la circunstancia de que en otras ocasiones no hubieran sido percibidas por otros determinados testigos, puesto que como afirma la parte apelada la inmisión no necesariamente ha de darse de forma continuada en cuanto es susceptible de verse condicionada por la climatología existente, temperatura ambiental, propia operatividad y trabajo de la maquinaria, etc..., lo que resulta razonablemente verosímil en el parecer de esta Sala, que por el contrario entiende no lo es que la expulsión de aire viciado de que se trata sea inodora. Pero en cualquier caso entendemos que la aplicación de la norma indicada conduce necesariamente al pronunciamiento en la sentencia apelada acerca del sistema de ventilación existente en el supermercado, al margen también de que facto se produzcan o no "olores" que resulten fuera de lo tolerable, habida cuenta de que existe por las rejillas cuestionadas (que no ha sido tan solo una sino todas las instaladas) expulsión de aire de las unidades climatizadoras y máquina de frío que abastece a los elementos frigoríficos del supermercado, en caudal de 1 m<sup>3</sup>/s como reconoce la propia recurrente, lo que ya de por sí comporta una inmisión que no puede imponerse a los actores a tenor del [artículo 590 del Código Civil](#), el que establece "Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a

las condiciones que los mismos reglamentos prescriben”; norma cuya enumeración sólo es demostrativa y no puede interpretarse restrictivamente, imponiéndole la inclusión de las rejillas de autos cuya instalación desautoriza absolutamente la Ordenanza Reguladora de Protección del Medio Ambiente de la Contaminación Atmosférica del Ayuntamiento de Barakaldo, en cuya interpretación conjunta con el [Decreto 171/1985 de 11 de junio del Gobierno Vasco](#) se concluye por el juzgador a quo con la ilegalidad de la instalación. Interpretación que aquí compartimos cuando el artículo 85 de dicha Ordenanza, referente como los precedentes artículos 83 y 84, a la evacuación de aire caliente o enrarecido producto del acondicionamiento de locales, establece sin distinción alguna por razón del número de máquinas que en el local pudieran ser instaladas o m<sup>3</sup> extraídos, que “La ventilación de locales de uso público, cuya superficie destinada al mismo sea superior a 200 m<sup>2</sup>, se hará también por conducto a cubierta”. La que se revela forzada es la interpretación que se sostiene por esta parte recurrente - por mucho que sea también la seguida por los técnicos municipales que en principio sí exigieron conducto a cubierta como consta en las actuaciones para ulteriormente aceptar el sistema de rejillas instaladas en fachada, por debajo de los balcones y ventanas de los demandantes situadas en la primera planta del inmueble - pues parte de la división ficticia de la superficie del local, es muy superior a estos 200 m<sup>2</sup>, por el número de máquinas en el mismo instalada. Como se razona en la resolución debatida no es necesario acreditar mayor perjuicio ni tampoco entrar al análisis de las cuestiones suscitadas con sospecha de que ni siquiera funcionen simultáneamente ambas máquinas, o entrar en las concretas distancias que mantienen las rejillas con respecto a las ventanas y balcones de los actores, puesto que es innegable que no cumplen lo reglamentariamente requerido desde el momento en que no debieron situarse rejillas en el lugar en que lo están; no se cumplen distancias cuando debieron instalarse conductos a cubierta del edificio, no rejillas en fachadas de los bajos comerciales por debajo de los balcones y ventanas de la primera planta del edificio.

El pronunciamiento de condena a ..... con respecto a estas rejillas debe así mantenerse con desestimación de este motivo de recurso.

CUARTO.- De otro lado, la reparación del daño exige la adopción de las medidas correctoras para que la perturbación no perdure (STS de 30 de mayo de 1997), doctrina en que se incide en Sentencia del TS de Justicia de Navarra de 3 de mayo de 2004, que destaca que la defensa de la propiedad y demás derechos afectados por ellas no pueden limitarse a la reparación de los daños ya consumados, sino que debe extenderse a la adopción de las medidas correctoras o de prevención precisas para ponerles fin e impedir o evitar ulteriores lesiones. En este sentido también expresa la SAP de León de 1 de diciembre de 2005 “La orden de adopción de tales medidas correctoras, como ha señalado el TS, entre otras, en Sentencia de 23 de septiembre de 1988, comporta necesariamente la obediencia al [art. 590 C. Civil](#), pues, como dice la SAP de Toledo de 11 de marzo de 1999, el ámbito específico de dicho precepto “se extiende, no sólo a procurar la observancia de las “distancias” entre construcciones y otros elementos peligrosos prescritas por los reglamentos o los usos del lugar, sino también a la ejecución de “las obras de resguardo necesarias”, acomodándose a las condiciones reglamentarias y adoptando, en su defecto, “las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades y edificios vecinos”, por lo que indiscutiblemente abarca la puesta en práctica de todas aquellas medidas correctoras y de prevención que razonablemente impidan cualquier perjuicio a las propiedades vecinas”.

En el presente caso ello pasa necesariamente por este conducto a cubierta según lo que ha quedado expuesto en el Fundamento de Derecho precedente, no habiéndose acreditado por quien ahora apela la imposibilidad de esta corrección por cuanto la negativa del Ayuntamiento lo fue solo a un concreto proyecto al contemplarse en el mismo (informe desfavorable obrante al folio 100 de las actuaciones) la instalación de conductos de ventilación por fachada a la vía pública, lo que incumple el artículo 5.01.36 del P.G.O.U. Que son factibles otras posibilidades de conductos a cubierta consta en autos según informe pericial acompañado con la demanda; y la obtención de los permisos necesarios de la Comunidad de Propietarios es de competencia exclusiva de la demandada, sin que, por otra parte, resulte negativa comunitaria alguna, habiendo admitido además el Sr. Corbacho, quien depuso por Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. en el acto del juicio, que el problema de obtención de

permisos con la Comunidad fue por la urgencia de plazos de la empresa. Y las soluciones alternativas que ahora se apuntan en el escrito de recurso tan siquiera fueron propuestas en su momento procesal oportuno en la primera instancia, no habiendo sido objeto de debate, suscitándose con ello cuestiones nuevas en cuyo conocimiento no puede entrarse en esta alzada; por lo que igualmente debe rechazarse el motivo.

QUINTO.- Tampoco van a ser estimadas las alegaciones de esta apelante en torno a las inmisiones por ruido.

El juzgador a quo no ha llegado a entrar en la fundamentación de su pronunciamiento al respecto en una eventual infracción de la normativa municipal por penalizaciones a los valores globales que se reflejan en los distintos informes periciales, cuyas mediciones resultan similares. Parte de que es cierto que todas las mediciones son inferiores al límite de 30 db que se establecen para dormitorios en la Ordenanza Municipal (hemos de remarcar que en algunos casos tan solo ligeramente inferiores al alcanzarse valores de 29,30 db en un dormitorio), pero considera que el perito Sr. Zubía ha explicado en el acto del juicio, lo que hemos de puntualizar no ha sido desvirtuado por otro resultado probatorio, cómo otros municipios, en ordenanzas posteriores en el tiempo a la que aquí nos ocupa, vienen ya estableciendo un límite de 25 db en horario nocturno para dormitorios ; que además en este caso, como resulta de la prueba testifical, se trata de ruido, zumbidos de motores que se encienden y se apagan, lo que corrobora con remisión al documento nº 27 de la demanda, Anexo del proyecto del supermercado, así que se trata de tonos de baja frecuencia propios de la ventilación, para concluir que esos ruidos nocturnos en instancias de descanso como los dormitorios producen unas molestias relevantes.

Valoración probatoria y conclusión alcanzada a su vista que compartimos incidiendo en las declaraciones del testigo Sr..... vecino del piso segundo del inmueble, vivienda superior a la de los actores y que por ende ha de percibir el sonido en el interior en menor medida, quien se pronuncia sobre la existencia de un molesto ruido de madrugada, parecido al motor de un ventilador que funciona intermitentemente; el testigo Sr.....quien describe (minuto 29 y ss del 1<sup>er</sup> CD que documenta el acto del juicio) un ruido de arranque de motores, que en determinados momentos se dispara; ruido calificado de molesto también por los agentes de la Policía Municipal que acudieron a una de las viviendas de autos a las cuatro de la madrugada y que percibieron el zumbido de motores, "como si estuviese trabajando el aire acondicionado", precisa el agente nº 109 (al minuto 39 y ss), lo que lleva a concluir con el zumbido de baja frecuencia que pone de manifiesto el perito Sr. Zubía. Éste además explica cómo 29 db es un ruido que se percibe claramente y resulta molesto porque se oye de forma notoria; audición importante que predica por encima de los 25 db (todo ello entendido en horario nocturno y habitaciones cerradas evidentemente) y que justifica el que en municipios cercanos se hayan reducido los límites máximos permitidos en ordenanzas. En esta tesitura bien puede concluirse que el nivel de ruido de que aquí se trata, superior en todos los casos a estos 25 db, en situación no ocasional o por un período de tiempo limitado sino noche tras noche, como se afirma por la parte apelada, comporta una inmisión más allá de lo razonablemente tolerable por un ciudadano medio, de tal manera que la insonorización impuesta hasta alcanzar este límite resulta proporcionada a las circunstancias.

SEXTO.- Cuanto antecede, que determina la íntegra desestimación del recurso, conlleva que las costas procesales de esta alzada sean impuestas a la parte recurrente (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de ..... contra la sentencia dictada el día 1 de octubre de 2007 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Barakaldo en el Juicio Ordinario nº 373/06, debemos

confirmar y confirmamos dicha resolución con expresa imposición a la apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.