

SENTENCIA N° 391/15

En ALMERIA, a 10 de Junio de 2015

Visto por el Ilmo. Sr. D.-----, Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Almería, el **PROCEDIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES N° 401/15**, siendo partes, como demandante, **D. -----**, y como demandado, el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE FONDON**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado 20 de Febrero de 2015, la Procuradora Sra. D^a María del Carmen Sánchez Cruz, en nombre y representación de D. -----, se interpuso Recurso Contencioso Administrativo para la Protección de los Derechos Fundamentales, contra la inactividad del Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON ante el escrito presentado el 20 de Enero de 2015, incoándose el presente Procedimiento n° 401/2015.

SEGUNDO.- Admitido el recurso por Diligencia de Ordenación de 23 de Febrero de 2015, y remitido el Expediente Administrativo requerido en aquella, se interpuso Demanda el 18 de Marzo, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara Sentencia conforme al suplico.

TERCERO.- Habiendo sido emplazados en Diligencia de Ordenación, contestaron a la demanda el MINISTERIO FISCAL, en fecha 24 de Marzo, y el Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDÓN, en fecha 14 de Abril, en los términos más adelante expuestos.

CUARTO.- Recibido el procedimiento a prueba por Auto de 14 de Abril de 2015, fueron estas propuestas y admitidas las pertinentes, señalándose vista el día 18 de Mayo de 2015 para la práctica de la testifical de D. ----- y de D. ----- a instancias del Ayuntamiento, así como la testifical pericial de D. -----, a instancias del actor, y de D.-----, a instancias del Ayuntamiento, con el resultado que consta en el soporte digital de grabación.

Tras la práctica de la prueba, quedaron las actuaciones pendientes para dictar Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han respetado, en lo sustancial, las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El presente recurso trae causa en la impugnación que D. -----
----- interpuso contra la inactividad del Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON ante el escrito de fecha 20 Enero de 2015, en el que solicitaba de tal Administración, de forma resumida:

- La incoación de expediente sancionador a los titulares del negocio explotado en el local sito en Plaza----- de Fondón

- Se encargase la medición de niveles de inmisión y demás molestias en el interior de la vivienda del recurrente, consecuencia de la actividad del negocio citado.

- Se aportase copia certificada del Proyecto de Legalización presentado por el titular del negocio citado con el capítulo de actividad realizada, emisiones de humos y olores, aislamiento acústico y térmico y cuanto más fuese procedente.

- Que se le aporte copia de la Licencia, y, para el caso de no existir o de que la obtenida no permita las actuaciones que se están llevando a cabo, se incoe expediente para clausura y precinto del recinto foco emisor, ubicado en el local mencionado.

- Se indemnice al solicitante en concepto de daños morales y daños y perjuicios en la cantidad de 70.000 euros.

Al considerar que tal inactividad ha producido vulneración de los Derechos Fundamentales de la persona en los términos que se van a exponer a continuación. Así, conforme al escrito de **Demanda**, en síntesis, el recurrente, que es propietario de la vivienda sita Plaza-----de Fondón, ha venido denunciando ante el Ayuntamiento desde Junio de 2011, las inadecuadas instalaciones conforme a la legislación vigente y las molestias, inmisiones de ruidos y vibraciones que se transmiten a la citada vivienda por la actividad desarrollada en el local sito en Plaza ----- de la misma localidad, que es el Bar Cafetería "-----" (antes llamado "Bar-----"), en la medida que se desprende de los informes técnicos que aporta en autos, produciéndose una inactividad continuada y consentimiento por parte del Ayuntamiento ante tal situación, invocando que se han vulnerado con ello los Derechos Fundamentales reconocidos en los Art. 15 (integridad física), 17.1 (libertad y seguridad), 18.1 y 2 (honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen e inviolabilidad domiciliaria) y 19 (derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional) de la Constitución Española. En tal sentido, y conforme a los fundamentos jurídicos que se dan por reproducidos, y con basamento procesal en los Art. 25.2 y 114 y siguientes de la LJCA, solicita se dicte Sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare la violación de los Derechos Fundamentales indicados.
2. Se ordene al Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON a:

a. Que cumpla y haga cumplir en el local citado la normativa legal vigente, que ejerza las medidas necesarias para conseguir que las perturbaciones por ruidos no excedan de los límites legalmente permitidos, adoptando los acuerdos pertinentes e inmediatos y los ejecute.

b. Que efectúe el control de la efectiva implementación de las anteriores medidas y proceda a la inmediata clausura del local si no cumple con lo anterior, e incluso a la anulación de la licencia otorgada, adoptando las medidas oportunas para la ejecución efectiva del cierre, en su caso acordado.

3. Se reconozca el derecho del recurrente a ser indemnizado por parte del Ayuntamiento por el daño moral sufrido, atendiéndose como base de cálculo al importe de la renta de una vivienda de iguales características a la de su propiedad durante el periodo de tiempo comprendido entre la primera denuncia y el momento en que quede resuelto el problema. Subsidiariamente, que sea indemnizado en la cuantía que prudencialmente determine el Juzgado. Subsidiariamente, se deje tal petición de indemnización sin efecto, para el caso de no estar de acuerdo con que se reconozca el derecho a indemnización.
4. Se condene en costas a la Administración.

En la **Contestación a la Demanda** del MINISTERIO FISCAL, se interesa que se estime la misma por entender que se produce la conculcación de los derechos fundamentales relatados, al considerar la exposición a ruidos y vibraciones puede suponer vulneración de tales derechos, aún no poniendo el peligro la salud de las personas, quedando acreditados los ruidos denunciados, existiendo relación de causalidad entre ellos y los perjuicios que se causan, existiendo una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad domiciliaria, interesando que se ordene al Ayuntamiento a que ejerza las medidas necesarias para conseguir que las perturbaciones por ruidos no excedan de los límites legalmente permitidos.

En la **Contestación a la Demanda** del Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON, este se opone a la demanda, alegando, en síntesis, que el local cumple con la normativa vigente, pues obtuvo en su día licencia de apertura, previos los correspondientes informes favorables, que le terraza no es ilegal ni que con frecuencias se realicen actuaciones en vivo o fiestas, aduciendo que no puede haberse producido vulneración de Derechos Fundamentales, dado el recurrente y su familia no tienen su domicilio habitual en la vivienda de Fondón antes citada. Asimismo, niega que existiese inactividad por el Ayuntamiento, pues se desprende del Ayuntamiento la existencia de actividad y contestación a todos los escritos del recurrente. Aduce en su fundamentación jurídica la inadmisibilidad del recurso en base al Art. 69.c) en relación con el 29.1 y el 114 de la LJCA, al tener el recurso por objeto una actuación no susceptible de impugnación, así como la desviación procesal, pues en el escrito de 20/01/2015 nada se indicó de una vulneración de Derechos Fundamentales, y, en cuanto al fondo, que no es inactividad el no adoptar las actuaciones pretendidas, cuando ello sería ir al margen del procedimiento establecido, que las molestias supuestamente sufridas no tendrían la

intensidad suficiente como para ser causantes de la vulneración de derechos fundamentales, por lo que solicita que se desestime la Demanda.

SEGUNDO.- El procedimiento regulado en el Capítulo I del Título V de la LJCA, por cuyos cauces se está conociendo de la controversia antes descrita, reviste, de forma específica, la particularidad de que viene limitado sólo a temas que afecten a la tutela de los Derechos Fundamentales, sin que tengan cabida en él cuestiones de legalidad ordinaria, pues en este proceso se trata de valorar la legalidad de un acto administrativo, sino si con su aplicación se viola un derecho fundamental de los específicamente enumerados en los arts. 14 a 29 CE (STS 10 de enero de 1992 o STS 23 de septiembre de 1991, a propósito de la regulación contenida en la anterior Ley 62/1978), por lo que la presente resolución, habrá de ceñirse a determinar si, en la actuación administrativa del Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON, se ha producido vulneración de los Derechos referidos en el ordinal anterior, en los términos que describe el actor; para ello, será preciso tomar en consideración la especial naturaleza del acto que se dice causante de la conculcación, toda vez que se alega una inactividad. En cualquier caso, y paso previo a entrar en la cuestión descrita, es preciso hacer pronunciamiento de las causas de inadmisibilidad invocadas por la Administración, como son la del 69.c) de la LJCA y la desviación procesal, toda vez que, a pesar de la peculiaridad de estos procedimientos, el que ahora se ventila aparece específicamente encuadrado y adaptado a la jurisdicción contencioso administrativa, y en esta es principio rector la necesidad de existencia de un acto administrativo en sentido amplio, que englobe los distintos conceptos que pueden derivarse del Art. 25 y 29 de la LJCA (acto, expreso o presunto, vía de hecho o inactividad).

TERCERO.- Entiende el Ayuntamiento que en la forma de instar el procedimiento que da lugar a estos autos, incurre el actor en causa de inadmisibilidad del Art. 69.c) en relación con el 29.1 y 114 de la LJCA, argumentando que no existe actividad administrativa objeto de impugnación, y, en consecuencia, vulneradora de Derechos Fundamentales. Procede traer a colación tales preceptos.

*"Art. 69 La sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso o de alguna de las pretensiones en los casos siguientes: c) Que tuviera por **objetodisposiciones, actoso actuaciones**no susceptibles de impugnación."*

*"Art. 29.1 Cuando la Administración, en virtud de una **disposición general**que no precise de actos de aplicación o en virtud de un **acto, contrato o convenio**administrativo, esté obligada a realizar una prestación concretaen favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración."*

*"Artículo 114.1 El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el [artículo 53.2 de la Constitución española](#), se **regirá**, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, **en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley**".*

Pueden añadirse como complemento el Art. 115.1 in fine que dispone "Cuando

*la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la **inactividad** administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente" y el Art. 25.2 que señala "también es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley".*

Ciertamente han sido múltiples las ocasiones en las que el recurrente refiere la intención de encauzar su pretensión a través de la impugnación de una inactividad: del expediente administrativo se puede colegir una constante en los antecedentes fácticos, como son las múltiples comunicaciones que aquel ha tenido con el Ayuntamiento a propósito de la actividad desarrollada en el bar debajo de su vivienda, foco causante de las molestias en la misma, por ruidos; así, consecuencia del último escrito presentado ante el Consistorio concretando determinadas pretensiones, se articula lo que el actor entiende que es una inactividad por la falta de actuación positiva ante tal escrito (se ciñe al propio 115 en sus fundamentos jurídicos a la hora de dar forma al aspecto procedimental de su pretensión en sede judicial), y es tal inactividad la que habría de ser analizada para determinar si la misma supone vulneración de Derechos Fundamentales; pero es paso previo, y ello a la vista de la excepción que sostiene el Ayuntamiento, razonar si se da o no tal inactividad, que sería la *actividad susceptible de impugnación*-en sentido amplio- que lesiona los Derechos del recurrente; si esta no existe, no puede hablarse de vulneración de Derechos, en lo que a la presente jurisdicción de refiere y en cuanto a la actuación del Consistorio en el global de la situación que denuncia el actor.

En cuanto al concepto de **inactividad** ex Art. 25.2 y 29.1 de la LJCA, debe ser correctamente entendido e invocado, evitando su confusión con figuras que podrían ser similares; de tal modo, es preciso distinguir entre silencio e inactividad, en el sentido de que el primero se refiere a inactividad formal de la administración (no dicta acto administrativo resolutorio en plazo), mientras que el segundo se refiere a inactividad material de la misma, esto es, cuando se trata de una actividad **prestacional**, existiendo para este segundo caso, la regulación de un previo procedimiento administrativo con solicitud del interesado, y, en caso de dicha inactividad -transcurrido el plazo de tres meses-, deducir el correspondiente recurso contencioso-administrativo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, en [sentencia de 20/11/2008](#) establece tal diferencia, señalando del modo siguiente: «*Suced*e que los supuestos de inactividad están acotados en el art. 29 LJCA a los casos en que la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas. Por lo tanto, la inactividad residenciable en el art. 29 de la ley jurisdiccional es la inactividad de carácter material por falta de ejercicio de una actividad prestacional, no pudiendo otorgarse tal carácter a la inactividad de carácter formal, que se deriva de la falta de resolución de un expediente, confundiendo así la figura del silencio con la de la inactividad de la Administración».

Continuando con el estudio de dicho concepto, del Art. 29.1, dejando de lado el aspecto puramente procedimental, se pueden inferir dos elementos, dejando de lado el

principal y más característico que sería el *no actuar*; tales elementos son que exista una prestación concreta a la que un administrado tenga derecho de forma directa, y que la misma provenga de una disposición general, acto, contrato o convenio; de tales elementos este Juzgador considera oportuno señalar el primer lugar que, a pesar de la flexible interpretación que pudiera hacerse de las expresiones *disposición general, acto, contrato o convenio*(podría, por ejemplo, llegar a invocarse una obligación de actuar de la Administración, invocando el genérico principio de la obligación de resolver ex Art. 42 de la Ley 30/1992), lo cierto es que el propio precepto habla de una prestación concreta, evitando así vaguedades o ambigüedades, y exigiéndose, por tanto, que la actuación requerida este concretada y se falte a la misma; adaptando esto al caso de autos, que exista la obligación de realizar una prestación concreta a la que tenga derecho el Sr. Jiménez Carmona en virtud de una disposición general, acto, contrato o convenio. Sobre el alcance de la prestación concreta incumplida por la Administración, la sentencia del Tribunal Supremo de 26/03/2012 señala *«El contenido y el alcance de este precepto (Art. 29.1) no dejan de plantear dudas, en particular, en lo que atañe a la interpretación de la expresión "prestación concreta". Caben dos exégesis, una estricta, que entienda únicamente como tal las actividades de índole material, propia de algunos servicios públicos, y otra más amplia, comprensiva de cualquier obligación de la Administración agotadoramente definida en la ley; el Tribunal acoge la segunda opción, pues en la misma STS señala «esta Sala se decanta por el mantenimiento de una interpretación amplia, pues, aun reconociendo que las tesis estrictas no carecen de cierto fundamento, pueden conducir a un callejón sin salida, vaciando de contenido el precepto y eliminando su efecto útil en cuanto alude a las disposiciones generales, pues resulta difícil de imaginar una actividad material, prestacional o de fomento, definida con carácter agotador en una norma de tal índole, que no necesite de actos de aplicación por imponerse directamente desde la misma a la Administración una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas».*

No obstante la preferencia en torno a esa opción amplia, el propio TS, en Sentencia 24/07/200 ha dictaminado *«para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación, con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que, en el supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad, ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquel tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general»*

Pues bien, a la vista de la doctrina expuesta, podría llegarse a la conclusión primaria de que la inadmisibilidad habría de prosperar: del análisis del escrito de 20/01/2015 e incluso de la situación que se evidencia en sus antecedentes, no se desprenden de forma directa los presupuestos analizados para considerar que estamos ante un supuesto de inactividad ex Art. 29.1 de la LJCA, pues no se concreta por el actor la prestación concreta a la que tenga derecho, ni se expone una disposición general, acto, contrato o convenio del cual derivaría la obligación de actuar de la

Administración, dado que el actor en su propio escrito insta a la incoación de un expediente, que se procede a determinadas mediciones, se le aporte copia de la licencia y se le indemnice, entre otras solicitudes, pero no invoca lo antes mencionado; e incluso se puede colegir, con la documental que aporta el Ayuntamiento que dicha solicitud no ha caído en abandono, pues se evidencian actuaciones por parte de la Administración tendentes a dar tramitación a lo que se pide (Docs. 2 a 4 de la Contestación); lo que ha ocurrido es que el recurrente, conforme al Art. 115 se adelanta a todos los plazos y términos que serían propios de la actuación que comienza el Consistorio a raíz del susodicho escrito de 20/01/2015; no podría hablarse pues, en sentido estricto, de inactividad. Pero, a pesar de lo anterior, se hace preciso conjugar la exégesis amplia a la que antes se hizo mención con el principio general *pro actione* entendido como principio favorable al enjuiciamiento jurisdiccional de fondo de los actos administrativos en caso de dudas respecto a la admisibilidad del recurso interpuesto, repudiando una interpretación errónea, excesivamente formalista, no debidamente justificada o desproporcionada de las normas que regulan la entrada al proceso y la resolución del mismo, evitando cercenar el Derecho a la tutela judicial efectiva. No se trata de flexibilizar la ley de forma injustificada en *pro* del administrado (*in dubio pro administrado*), sino de depurar la pretensión de forma que solo ante una inadecuación o desacierto desmesurado por parte del interesado en su acción, deba declararse la inadmisibilidad. Con la conjugación mencionada, este Juzgador no soslaya que aparte del escrito de Enero de 2015, existe todo un extenso expediente administrativo que rodea a la cuestión controvertida, y que, a fin de cuentas, no es más que un conflicto de intereses que no presentaría mayores dificultades que aquellas a las que puede hacer frente una Administración Local para armonizar los derechos e intereses de las personas que se ven afectadas; y de tal expediente se puede deducir con meridiana claridad que lo que denuncia el actor no es una inactividad puntual, circunscrita al escrito de Enero de 2015, sino una desatención general, prolongada en el tiempo y reiterada (según los términos usados por el recurrente), que es la que sería causante de vulneración de Derechos Fundamentales.

Considerando lo anterior, del expediente no puede afirmarse que exista una dejadez absoluta por parte del Ayuntamiento: en líneas generales, este ha atendido a los múltiples escritos del recurrente y ha realizado actuaciones específicas en cuanto dirigir requerimientos al dueño del local o la realización de ensayos acústicos, entre otras diligencias; la cuestión es determinar la eficacia y utilidad de las mismas, y en este sentido ha de estimarse que en realidad sí existe una inactividad, la cual se identifica en este caso con una actividad ineficaz: resulta patente que nada de lo realizado a solucionado el conflicto, el cual presenta su origen en 2011, lo que llega a concluir que, obviamente, algo no se ha hecho de forma adecuada y correcta, tal como sería predicable y esperable de la Administración en aquello que entra dentro de sus facultades. Solo restaría analizar si tal actividad ineficaz queda además corroborada con unas consecuencias que se traduzcan en vulneración de Derechos Fundamentales, cuestión que es ya de fondo y que ha de ser objeto de examen, tal y como es la finalidad de la presente Sentencia. En consecuencia, decae la inadmisibilidad sostenida por la Administración.

CUARTO.- Por otro lado, invoca el Consistorio, como causa de inadmisibilidad, la desviación procesal en que incurre la Demanda. La desviación procesal, como causa de inadmisibilidad de parte de las pretensiones que se sostengan en una Demanda, consiste, básicamente, en una discordancia entre las pretensiones que

se formulan en vía administrativa, y las que se deducen en sede jurisdiccional, por lo que, sobre ellas, la administración no tuvo oportunidad de pronunciarse, lo cual puede llevar a desvirtuar el carácter revisor de la Jurisdicción Contenciosa. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1992, *“plantear ante la jurisdicción contenciosa pretensiones no deducidas en vía administrativa, supone desvirtuar el carácter revisor de dicha jurisdicción, cuya finalidad básica es la de volver a conocer los mismos problemas que hayan sido ya planteados ante los órganos de la Administración con objeto de determinar si ésta se ha atemperado en su actuación al ordenamiento jurídico.”*; señala igualmente dicho Tribunal en Sentencia de 21 de Mayo de 1999, en su fundamento jurídico segundo, que *“Pues bien, la jurisprudencia ha declarado repetidas veces que lo que está vedado normativamente es la posibilidad de introducir en vía jurisdiccional nuevos hechos o cambios sustanciales de los ya expuestos, capaces de individualizar histórica y jurídicamente nuevas pretensiones o de modular, completándolas, las previamente esgrimidas, ya que lo único admitido es aducir nuevos motivos o meras alegaciones en su sentido propio de simples argumentaciones de las peticiones, siempre las mismas, deducidas en el recurso de reposición”*. El conjunto de lo transcrito, configura un instituto que propugna la imposibilidad de plantear pretensiones distintas a las articuladas en la previa vía administrativa, de las cuales la Administración no se pudo pronunciar, o de pretender la impugnación de actuaciones ajenas a las que constituyen el objeto de un procedimiento, sean dictadas por la misma Administración o por otra, siendo el encabezamiento de todo ello el carácter sustancialmente revisor de actos de la presente jurisdicción; evitar que se produzca la desvirtuación de tal carácter es la finalidad que persigue plantear tal inadmisibilidad.

Apoya la Administración la desviación procesal en que, en el tantas veces meritado escrito de Enero de 2015, no se solicitó nada en cuanto a una supuesta vulneración de Derechos fundamentales, más allá de las distintas solicitudes a las que ya se ha hecho referencia. Sin embargo decae también la inadmisibilidad planteada por la propia naturaleza del procedimiento especial al que pondrá fin, en primera instancia, esta Sentencia, pues sin perjuicio de la figura que es la desviación procesal descrita, estos procedimientos no requieren, en puridad, que exista una previa reclamación en el mismo sentido al que se utiliza en la Demanda, ante la Administración, por dos razones: porque es un procedimiento de naturaleza jurisdiccional y porque, por definición, la vulneración presunta del Derecho Fundamental la produce, precisamente, el acto administrativo que se recurre, por lo que no es postulable que, de forma necesaria, en una reclamación anterior se solicitase la declaración de violación de Derecho Fundamental, pronunciamiento que, en virtud de la regulación de este cauce procedimental, corresponde al Juez de lo Contencioso-administrativo.

QUINTO.- Entrando ya a analizar la cuestión de fondo del asunto, esto es, el análisis de la pretendida vulneración de los Derechos Fundamentales indicados por el recurrente derivada de la inactividad del Ayuntamiento, es preciso matizar que, en atención a la materia objeto de enjuiciamiento, la propia doctrina constitucional sólo admite la posible vulneración del derecho fundamental de un Derecho Fundamental, cuando la conculcación afecte al núcleo esencial de su contenido; es decir, no basta con que se infrinja una norma legal o reglamentaria para que se considere vulnerado el derecho constitucional invocado, sino que es preciso que la infracción afecte al contenido sustancial de éste, es decir, a lo que sea el objeto constitucionalmente amparado dentro del concepto del Derecho en cuestión. Asimismo, es necesario recalcar

que el objeto único y exclusivo de la presente resolución es determinar si en la actuación administrativa referenciada se ha vulnerado, conforme a lo expuesto de antemano, los Derechos descritos, siendo ajeno a ello cualquier otro pronunciamiento que declare la legalidad de dicho acto o su ajuste a derecho conforme a la pretensión última que subyace en la pretendida vulneración del derecho fundamental, como sería por ejemplo el expediente sancionador que se pretende incoar o la clausura del establecimiento, cuestiones que quedan totalmente fuera de la órbita de esta resolución, y sobre la cual no puede pronunciarse este juzgador.

Respecto de la temática a tratar, esto es, los ruidos y su afectación a la salud de la persona, no es cuestión baladí traer a colación la Jurisprudencia reseñada por el actor en su Demanda, contenida en la STSJA, sede Granada, de 16/12/2013, que contiene los siguientes pronunciamientos:

*<<En cuanto a la última de las cuestiones planteadas por el apelante ha de traerse a colación ahora la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en torno a la **contaminación acústica** que señala, siguiendo a su vez la doctrina del T.E.D.H., que 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, puede quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 C.E. no sólo a la integridad física, sino también a la integridad moral, y destaca, además, que en el ámbito domiciliario 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 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 (STC Pleno num. 119/2001, de 24 de mayo , y STS 3ª, Sección 7ª, de 13 de octubre de 2008 -recurso de casación número 1553/2006 , entre otras).*

*La importancia jurídica del ruido ha adquirido una especial dimensión a raíz de la aludida jurisprudencia surgida del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, posteriormente recogida, según ha sido apuntado, por nuestro Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, que ha considerado que **las emisiones acústicas, al menos las más graves y reiteradas, pueden atentar contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente el derecho a la integridad física y moral (Art. 15 CE) y el derecho a la intimidad personal y familiar, y la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE)***

*La jurisprudencia constitucional ha reconocido que "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". A propósito de la vulneración de este derecho fundamental ha sostenido que para atribuir a la acción u omisión de las Administraciones Públicas la vulneración del derecho a la integridad física o moral hace falta que los niveles de ruido a los que esté expuesto su titular causen daños graves e inmediatos en su salud o le coloquen en una situación en la que, sin llegar a producirse efectivamente ese daño, exista "un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado ad casum, de la causación de un perjuicio para la salud". Es decir, que se **acredite un riesgo relevante** de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 62/2007).*

Por otra parte, también puede producirse una lesión del derecho de la intimidad y la inviolabilidad del domicilio cuando "...en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no ponga en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8,1 del Convenio de Roma " (STC 119/2001 , Fº Jº 6º, párrafo primero). Y en otro apartado de su fundamentación la misma sentencia del Tribunal Constitucional declara que "...una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida" (STC 119/2001 , Fº Jº 6º, último párrafo).

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha reconocido el ruido como factor desencadenante de la lesión de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En su STS, Sala Tercera, sec. 7ª, de 12 noviembre 2007 (rec. 255/2004) se ha resumido esta jurisprudencia considerando que: "...El ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente de permanente perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos (como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental).

Ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio.

Debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida">>

SEXTO.- Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, puede hacerse una doble diferenciación de cara a determinar si ha de prosperar la Demanda, en todo o en parte, una vez valorada la documental obrante en autos, en el expediente, así como las testificales practicadas.

Comparecieron a la vista para la práctica de la prueba D. ----- y D.-----, quienes coincidieron en afirmar que son vecinos de la localidad, conocen tanto el bar como al recurrente y su familia, siendo clientes habituales del establecimiento; consideran que no produce ruidos el mismo y que solo frecuentan la localidad el recurrente y su familia los fines de semana, aunque en verano los ven más a menudo; el segundo de los citados conoce incluso la vivienda del recurrente, si bien nunca estuvo en ella si había alguna celebración en el bar. En tal sentido, tales testigos no arrojan luz en torno a lo que constituye objeto de controversia, pues sus manifestaciones solo sirven para dejar constancia de determinados datos objetivos, relativamente discutidos, y que pueden deducirse del resto de documental, aparte de sus propias valoraciones, que no poseen virtualidad probatoria.

En cuanto a la doble diferenciación a la que antes se hizo referencia, esta se

integraría en primer lugar con un análisis de si los ruidos, vibraciones o inmisiones denunciadas por el actor, que le son molestas y perjudiciales en el desarrollo de su normal convivencia, presentan un carácter objetivo y real como para ser tildados de realmente nocivos. Y la conclusión a la que llega este Juzgador, con la ilustración que ofrecen los informes obrantes en actuaciones, es que la respuesta ha de ser afirmativa, pues tales ruidos revisten un carácter de suficiencia lo bastante considerable como para alterar el descanso y la propia salud de las personas, no siendo puntuales o circunstanciales, sino más bien continuadas en el tiempo. Así, el informe elaborado por D. ----- resulta contundente al concluir que los ruidos recibidos o sentidos en el dormitorio de los recurrentes alcanza niveles que considera intolerables e incompatibles con el descanso y el uso normal de la vivienda, superando en 18,8 dBA el valor límite de transmisión de ruidos en período de noche. De igual modo, el informe de ensayo elaborado por la Dirección General de Prevención, Calidad Ambiental y Cambio Climático de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente (folios 150 a 170 del expediente), que si bien en el aislamiento a ruido aéreo $DnTa$ no se llega por pocas decimas al valor límite máximo, llega a superar el mínimo, si bien es superado sustancialmente en el muestreo espacial y temporal de los niveles de ruido ambiental, si bien es cierto que el ensayo se hizo como si fuera actividad catalogada como tipo 2 al disponer de un televisor, cuando lo cierto es que la actividad es de tipo 1, como se deduce del expediente; a esta cuestión se harán posteriores referencias, debiendo indicarse que lo trascendente, a fin de cuentas, es la determinación material de la existencia de ruidos, más allá de lo que se pueda deducir de los aspectos formales, como la licencia que haya sido concedida, pues pudiera la realidad ser diferente a lo que contempla la licencia. Igualmente, se aporta como Doc. 3 de la Demanda el informe elaborado por el laboratorio acústico Torga, suscrito por D.----- y J-----, en cuyas conclusiones reflejan que son superados todos los valores mínimos exigidos, una vez realizados ensayos, en cuanto al aislamiento de ruido aéreo, niveles de inmisión al exterior y niveles de transmisión al interior del recinto; cierto que los autores de los anteriores no comparecieron a la vista para ratificar sus informes, pero pueden ser tenidos como documental, y, por tanto, arrojar valor probatorio en tal sentido, siendo cuanto menos llamativo la coincidencia entre sus resultados.

Si compareció a la vista D. -----, cuyo informe obra en los folios 244 a 255 del expediente. Su intervención, explicando su informe, se centró en concretar que el local no cumplía con determinadas condiciones legalmente exigidas y en analizar los anteriores ensayos citados, y realizó mediciones de ruido, de cuyos resultados refiere que sería necesario adoptar medidas correctoras, puesto que, por ejemplo, no existía aislamiento, indicando que en alguna ocasión se negó el propietario del bar a permitir realizar medición de noche; coincide en que resulta necesario realizar nuevas pruebas, dado que se habían producido mejoras, pero no sabe cuáles son con exactitud. Por contra, el testigo perito propuesto por la Administración, autor de determinados documentos obrantes en el expediente (folios 56 y 57 o 186), considera que el ruido, que en realidad existía, no llegaba a ser insoportable, sin superar el nivel de decibelios de una conversación normal, refiriendo por lo demás cuestiones jurídicas, tendentes a defender, por su parte, que no existe en puridad un incumplimiento de las disposiciones del Decreto 6/2012 de 17 de Enero. Si bien parte del debate se centró en tal cuestión, no resulta ello absolutamente determinante, pues es una cuestión de concretar si, objetivamente, se ha producido una vulneración de los Derechos Fundamentales reseñados anteriormente, siendo un aspecto accesorio la influencia que la no observancia de determinaciones legales pueda acarrear, de cara a atribuir tal vulneración a la Administración.

Con todo lo expuesto, las afirmaciones del actor cobran la suficiente verosimilitud como para admitir que las molestias que ha venido sufriendo han sido tales como para suponer su injerencia en los Derechos que invoca, tanto en cuanto a su intensidad como en su prolongación en el tiempo, sin que sea determinante el hecho de que no fuera la vivienda habitual del recurrente, como parece que se ha destacado por la demandada: el Derecho Fundamental es el mismo, y no ha de desmerecer su protección por no residir de forma permanente en la vivienda, siendo además una situación que se repetía en el tiempo, y no era puntal; durante el tiempo que duraba la estancia en la vivienda, la perturbación se producía, superaba niveles de tolerancia estándares, y se ha reiterado en el tiempo, en circunstancias que pueden incluso ser contrarias a la norma, sin que existiese obligación de soportar tal perturbación. Es cierto que se trata de derechos que han de coexistir, y por tanto existen niveles que han de ser asumidos y tolerados, pero de la prueba practicada se llega a la conclusión de que en este supuesto se desequilibró en perjuicio del recurrente, sin razón para ello admisible en Derecho. De este modo, este Juzgador entiende que se dan los presupuestos objetivos atinentes a la injerencia en el Derecho Fundamental desde el punto de vista material en la molestias soportadas por el recurrente y su familia, si bien no en todos los que invoca el actor; así, conforme a lo explicado en la Jurisprudencia transcrita en el ordinal anterior, la afectación al Derecho a la integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar e inviolabilidad domiciliaria, parecen indiscutibles, y son los que más íntimamente se ven afectados por la naturaleza de las inmisiones que producen los ruidos y vibraciones, por poder afectar a la salud de las personas y al disfrute libre de molestias de la vivienda en intimidad familiar, en un desarrollo normal de la convivencia; sin embargo, no se encuentran motivos, ni la actora lo acredita, para entender vulnerados los Derechos de libertad y seguridad, pues, por su propia naturaleza, las molestias que el desarrollo de la actividad del bar colindante con la vivienda en nada afectan a lo que tales Derechos amparan: no se priva de libertad deambulatoria y el concepto de seguridad que se indica no va referido al perjuicio que se pueda sufrir por ruidos o vibraciones; y de forma similar con el Derecho reconocido en el Art. 19 de la CE: nada en la situación derivada del bar coarta la libertad de residencia o el circular libremente, pues la invocación de la vulneración del Derecho no ha de hacerse gratuitamente y por analogía o por una discutible afectación, sino que ha de ser concreta y verosímil, como si ocurre con los del Art. 15 y 18, en materia de ruidos y contaminación acústica.

Y, en segundo lugar, una vez aceptado que la injerencia y las molestias producidas por los ruidos tienen la entidad suficiente como para producir una vulneración del aspecto material del Derecho Fundamental, resta determinar si esta finalmente se produce y es consecuencia de la Administración, en este caso, por su inactividad; es decir, si el acto administrativo ha contribuido en relación de causalidad a las circunstancias que de forma material vulneran un Derecho. La respuesta ha de ser igualmente positiva, pues son muchos los indicios que invitan a pensar que, de una forma u otra, la actividad ineficaz del Ayuntamiento, en lo que actúa como en lo que omite, han contribuido de forma directa a la vulneración del Derecho Fundamental; así, el solo hecho de que el afectado, durante un periodo que se inicia en 2011, y ya desde que se proyectaba la primera instalación de una actividad en el local situado en los bajos de la vivienda, haya mantenido una actitud constante de comunicación y contacto con el Ayuntamiento implorando la adopción de medidas, en general, para que cesase la situación perturbadora, es una circunstancia por sí relevante, pues queda lejos de ser un mero ánimo o actitud quejumbrosa de un vecino, no solo por los puntos concretos que han sido denunciados (se centran en la existencia de medios audiovisuales, mesas y sillas en la terraza sin control, y falta de aislamiento en el local), sino porque incluso

parte de esos detalles no resultaban negados o ignorados por el Ayuntamiento, pero, de alguna manera, se justificaban: se reconoce la existencia de un televisor en la terraza (si bien el actor denuncia la existencia de 2), pero se alega que el mismo está siempre silenciado; al respecto, baste decir que la licencia concedida lo era para local sin medios audiovisuales, del tipo que fueran y en el estado en que estuvieran -silenciados o no-, pues obviamente su finalidad no era ornamental; tal hecho ya constituye una contravención a la licencia que habría sido deseable evitar; asimismo, es cierto que el Consistorio no ha mostrado una actitud pasiva, pues son muchas las ocasiones que, en el expediente, se observa su intervención, ya sea como mediador o como Administración, tendentes a corregir o solucionar situaciones, y atendiendo, en mayor o menor medida, al recurrente, pero resultaron tales intentos ineficaces, pues las molestias se perpetuaron en el tiempo; no pocas habrían sido las situaciones en las que podría haberse incoado expediente sancionador o corrector de las conductas realizadas, pues conviene recordar que no era posible la existencia de medios audiovisuales, y ha quedado acreditado que estos existan (obran fotos en autos), y resulta inverosímil afirmar y aceptar que estuvieran siempre apagados; el exceso en los horarios de apertura es un hecho que también se ha presentado como real, pues en los informes realizados por la Guardia Civil, a requerimiento del Ayuntamiento (obran en el expediente), se reconoce tal hecho, pero se excusó que no se apreció motivo para iniciar expediente sancionador o denunciar; cierto es que el ruido producido por la sola conversación o presencia de personas no es causa de vulneración alguna de Derechos Fundamentales, pues, en cierta medida, escapan a las posibilidades de control tanto de la Administración como del dueño del local, pero el permitir su presencia más allá de la hora límite de apertura, por breve que tal exceso sea, si entra dentro de las obligaciones del gerente del bar, y de las facultades de control de la Administración; la no observancia de ello, supone nuevamente una actividad ineficaz que se asemeja a una inactividad. En conclusión, resultan bastante los indicios para considerar que en un periodo de al menos 4 años, no se haya realizado nada real y directamente eficaz buscar una solución definitiva al problema, y por tanto es una realidad que sirve para imputar a la Administración la vulneración de los Derechos antes citados, pues, en realidad, bastante más puedo hacer la Administración para hacer cesar la situación, que se ha presentado como verdaderamente perturbadora; no se está afirmando que la actitud del Ente Municipal fuera totalmente pasiva y ajena al conflicto, pero tan insuficiente como para haber producido conculcación de Derechos Fundamentales, en atención a todo lo expuesto.

SEPTIMO.- Admitida la vulneración de los Derechos Fundamentales e imputada la misma al Ayuntamiento de Fondón, solo resta depurar ahora parte de las pretensiones contenidas en la Demanda, pues hay una en concreto que no va a ser estimada en esta Sentencia: la atinente a la indemnización económica al recurrente. Y se afirma lo anterior porque, de cara exclusivamente a esa pretensión (y no así a la genérica de la Demanda), se requiere algo más que un Derecho Fundamental vulnerado y una relación de causalidad que sirva para imputarla al Ayuntamiento, sino que es preciso que se acredite la existencia de un daño o lesión, que, en este caso, ha de ser antijurídico, es decir: real, efectivo, evaluable económicamente y que no haya obligación de soportarlo, y, en este caso, falta el tercer elemento: si el actor pretende una indemnización por los perjuicios sufridos, que, en este caso, se identifican con daños morales, aquel ha de acreditarlos; y en este caso no se ha hecho: no obran en autos informes o dictámenes médicos de ningún tipo que acrediten la existencia de un daño o lesión moral, ni se ha cuantificado o valorado la misma; en tal sentido, no se duda de que las molestias antes analizadas han causado, no solo la conculcación de los Derechos enunciados, sino perjuicios reales, pero lo cierto es que no se acreditan de

forma concreta los mismos ni su alcance en la salud del recurrente o su familia, requisito indispensable para que este Juzgador atendiese a tal pretensión y fijase una indemnización, por lo que no procede entrar a tal aspecto; todo ello sin perjuicio de las actuaciones que el recurrente estime oportuno llevar a cabo si a su derecho conviniese, en atención a todo lo que se ha analizado.

Por lo demás, existe convicción suficiente para estimar en parte la Demanda, y declarar que se ha producido vulneración de Derechos Fundamentales por la inactividad del Ayuntamiento ante la situación padecida desde 2011 por el recurrente y su familia, consecuencia de la actividad que se desarrolla en el bar colindante con la vivienda, a la cual no se puso fin ni se adoptaron medidas eficaces para paliar sus efectos y lograr una coexistencia y equilibrio entre los distintos Derechos e intereses en juego.

OCTAVO.- No se aprecian motivos que justifiquen una expresa imposición de costas en el presente procedimiento, pues de lo analizado se evidencia una estimación parcial de la Demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

F A L L O

SE DECLARA LA ADMISIBILIDAD del RECURSO EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO interpuesto por D. ----- y **SE ESTIMA PARCIALMENTE LA DEMANDA** frente a la inactividad del Excmo. AYUNTAMIENTO DE FONDON, por haber producido esta una vulneración de los Derechos Fundamentales del recurrente consagrados en los Art. 15 y 18.1 y 2 de la Constitución Española, en los términos expuestos en el suplico de la Demanda, con la salvedad de la indemnización pretendida, sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN EN UN SOLO EFECTO de acuerdo con el Artículo 81.2.b y 121 de la LJCA

Así, por esta mi sentencia, lo acuerda, manda y firma, D. -----
---, Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de los de Almería

PUBLICACIÓN.-Dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 212 de la L.E.Civil en relación con el Art. 186 de la L.O.P.J., se ha hecho pública la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dictó, en el mismo día de su fecha, llevándose certificación literal de la misma a los autos y quedando el original archivado en la Secretaría de este Juzgado. Doy fe.