

JURISPRUDENCIA AMBIENTAL EN MURCIA (pp. 2-17)

—

JURISPRUDÈNCIA AMBIENTAL A MÚRCIA (pp. 18-32)

SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

Profesor titular de Derecho Administrativo / Professor titular de dret administratiu

Universidad de Murcia

EDUARDO SALAZAR ORTUÑO

Abogado / Advocat

—

Profesor asociado / Professor associat

Universidad de Murcia

Sumario: 1. Jurisprudencia administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. 1.1. Sentencia en procedimiento especial de derechos fundamentales para la protección ambiental. 1.2. Jurisprudencia en materia sancionadora. 1.3. Resolución judicial en materia de medidas cautelares. 1.4. Resolución en materia de tarifas del servicio del agua potable. 2. Jurisprudencia penal de la Audiencia Provincial de Murcia. 3. Jurisprudencia civil en materia de contaminación acústica.

La actividad jurisdiccional de los tribunales de la Comunidad Autónoma murciana contrasta con la apatía de los poderes ejecutivo y legislativo en la materia, si bien no todas las resoluciones judiciales tienen el mismo interés, por lo que hemos seleccionado aquellas que desde la jurisdicción contencioso-administrativa —Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia— o bien en materia penal y civil —Audiencia Provincial— pueden ilustrar el debate jurídico ambiental y, especialmente, aquel que atiende a la aplicación efectiva del derecho ambiental. En el primer bloque van a destacarse resoluciones referidas a la potestad sancionadora o las medidas cautelares, y en el segundo, resoluciones que se enfrentan a la contaminación acústica, cuestión en la que podremos observar el diferente tratamiento que se dispensa en cada una de las jurisdicciones, siendo nota común en la mayoría de los conflictos ambientales que subyacen la debilidad municipal en el ejercicio de las competencias ambientales, así como la cada vez mayor efectividad de la Fiscalía de Medio Ambiente y la cualificación de letrados locales especialistas en lo ambiental, como Adolfo López López y Ginés Ruiz Maciá, que están detrás de las demandas que iniciaron los procedimientos cuya resolución es objeto de la crónica.

1. Jurisprudencia administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

De entre las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, haremos referencia únicamente a las más relevantes, dado que muchas de ellas no entran en el fondo del asunto y estiman o desestiman recursos frente a la Administración por la concurrencia o ausencia de determinados presupuestos procesales. Es por ello por lo que no analizaremos la habitual producción judicial de resoluciones en materia de subvenciones y ayudas a la agricultura o la protección del paisaje, o en materia de pago de tasas municipales por la apertura de plantas fotovoltaicas y parques eólicos, que muestran meramente el éxito de las políticas de fomento en materia de energías

renovables. Tampoco entraremos en cuestiones referidas a urbanismo, con un menor impacto en la ordenación del territorio.

1.1. Sentencia en procedimiento especial de derechos fundamentales para la protección ambiental

Quizá una de las resoluciones judiciales más trascendentes de este período en el ámbito jurídico y social sea la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 25 de octubre de 2010, en rollo de apelación 291/2010, siendo ponente D. Fernando Castillo Rigabert, por lo que supone de confirmación de una vía para la defensa del derecho a un medio ambiente sano a través de la protección de los derechos fundamentales, siguiendo la estela internacional originada en esta región por el caso López Ostra ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Cabe recordar aquí la sentencia apelada, que ya fue objeto de comentario en la crónica jurisprudencial del primer período de 2010, esto es, la Sentencia 5/2010, de 15 de enero, del Juzgado Contencioso núm. 1 de Cartagena, en procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales interpuesto por tres vecinos del municipio de San Pedro del Pinatar frente a la inactividad de su ayuntamiento para protegerlos de las molestias por malos olores que desde cinco años atrás una empresa dedicada a la fabricación de láminas asfálticas y bituminosas provocaba en el interior de sus viviendas, lo que dificultaba la respiración a sus ocupantes, en especial a los menores de edad.

Inicialmente, la titular del Juzgado desestimó la demanda de los vecinos afectados, que pedían que el Tribunal evaluase la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física (artículo 15 de la Constitución Española, CE), la intimidad familiar (art. 18.1) y la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), lesión derivada de la inactividad del Ayuntamiento de San Pedro tras numerosas denuncias en relación con sus deberes de protección e inspección ambiental, y que condenase a este a promover el cese de las emisiones y a indemnizar a los recurrentes. La titular del Juzgado, pese a las pruebas periciales aportadas, acudió sin embargo a comprobar si la empresa contaba con los debidos permisos administrativos para su funcionamiento, y desestimó la demanda.

La parte recurrente, en su petición de anulación de la sentencia de instancia, hizo énfasis en la innecesaria vulneración de la normativa ambiental para entender afectado el

derecho fundamental y en la irrelevancia de la tenencia de permisos y licencias —al tener por probados los hechos e incluso reconocidos por los representantes del Ayuntamiento—, y pidió una indemnización para los recurrentes. Tales argumentos fueron apoyados por el Ministerio Fiscal.

La resolución del recurso de apelación de la Sala emprende un camino deductivo simple y meridiano, iniciado por la cita de doctrina contundente y previa, como son las sentencias de la propia Sala de 19 de diciembre de 2006 y de 21 de febrero de 2001, cuyo contenido incorpora en cuanto a la existencia de vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio por la penetración de olores, ruidos, etc., ya que dicho domicilio “debe quedar exento e inmune a las agresiones externas de otras personas o de las autoridades públicas (STC 22/1984, de 17 de febrero). Se trata de defender el ámbito de privacidad de la persona dentro del ámbito limitado que la propia persona elige”. La Sala acude al concepto de domicilio contenido en el artículo 40 del Código Civil y plantea que es irrelevante la clasificación del suelo como de regadío o la condición de segunda residencia de algunos edificios, “puesto que tal circunstancia no evitaría tener que solicitar un mandamiento de entrada para poder acceder al mismo sin el consentimiento de su titular salvo en caso de flagrante delito”.

Recordemos que la Sentencia 92/2001 del TSJ de Murcia, Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de febrero (ponente: Abel Ángel Sáez Domenech), afirma que “de darse la violación del derecho fundamental invocado, no se debería a la inexistencia de dicha licencia o a la falta de tramitación de dicho procedimiento, sino a la existencia en sí de la instalación y a los malos olores que produce sobre las viviendas de los actores, con independencia de que se haya concedido o no dicha licencia (podría existir la licencia y darse la violación del derecho fundamental alegada)”.

La existencia de los malos olores la entiende plenamente confirmada el magistrado ponente Castillo Rigabert no solo por la prueba practicada en primera instancia, sino también por el propio reconocimiento que realizó el alcalde en una televisión local y por diligencias policiales, notas de prensa e incluso una carta del propio alcalde a los vecinos en la que se afirmaba “siendo consciente de las molestias que la actividad fabril causa a algunos vecinos... he instando a que cesen los ruidos y disminuyan los olores...”.

En relación con la vulneración de otros derechos fundamentales como la integridad física o el derecho a la vida, la Sala entiende que no se ha demostrado. No obstante, la admisión del recurso de apelación ha supuesto que se condene a la Administración local a proceder al cese inmediato de los ruidos y los malos olores y a indemnizar a los recurrentes con una indemnización basada en la renta mensual de las viviendas —teniendo en cuenta jurisprudencia anterior y que las viviendas eran segundas residencias— de quinientos euros desde el momento en que se produjo la reclamación a la Administración, lo que supone una condena pecuniaria importante para las arcas municipales, mientras que queda incólume el patrimonio de la empresa contaminante, todo ello por la omisión del ejercicio de las competencias ambientales municipales.

1.2. Jurisprudencia en materia sancionadora

En esta ocasión, la acción revisora de los tribunales permite observar un mayor refrendo de las resoluciones y los procedimientos sancionadores de la Confederación Hidrográfica del Segura a pequeños municipios por vertidos al dominio público hidráulico, en sentencias de 26 de noviembre de 2010 (rec. 167/2006) y de 30 de diciembre de 2010 (rec. 342/2006).

Estos expedientes sancionadores del órgano de cuenca, que se remontan al año 2005, tenían como objeto la protección de la calidad de las aguas del río Mula, que, a su paso por los municipios de Albudeite y Campos del Río, seguía recibiendo el vertido de las aguas residuales municipales, que no contaban con una estación depuradora. Sin entrar en el problema ambiental que subyace tras las sanciones y que supone el incumplimiento de obligaciones de derecho comunitario con más de treinta años en vigor, la defensa judicial de los entes locales sancionados utiliza precisamente la excusa de que no se da el requisito de la culpabilidad por cuanto la competencia para la planificación, construcción y financiación de una eventual EDAR sería de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Las sentencias descartan tales argumentos, acudiendo ambas a las obligaciones contenidas en el artículo 25.2.I de la Ley de Bases del Régimen Local, e incluso al instituto de la *culpa in vigilando*, como se expone en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 30 de diciembre (ponente: Joaquín Moreno Grau): “no cabe admitir la falta de responsabilidad del Ayuntamiento por gestionar indirectamente el servicio de depuración, al no existir duda

de que cabe sancionar a las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los hechos constitutivos de infracción aunque sea a título de simple inobservancia, como prevé el Art. 130.1 Ley 30/92, sin que pueda desconocerse que la Corporación es responsable del vertido y depuración de aguas residuales, primero porque entre sus competencias está el tratamiento de aguas residuales (Art. 25 2 1 Ley 7/85 de 2 abril) y además, porque es la titular de la autorización provisional concedida por la Confederación, de manera que la gestión indirecta del servicio de vertidos y depuración no le exonera de sus facultades de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio público, por lo que no existe inconveniente legal en atribuirle una posible *culpa in vigilando*, pues como titular de vertidos está obligado a cumplir determinados requisitos, y entre ellos la aprobación de un plan de regularización de vertidos municipales”.

Otro elemento a destacar en la situación, cuando menos deficiente, de estos municipios es la existencia de autorizaciones provisionales que se remontan a los años ochenta, continuamente incumplidas y cuyo contenido no es revisado por los órganos de cuenca, en una actitud que ha generado también en la Región de Murcia la instrucción de causas penales en relación con el municipio de Murcia, pendientes de juicio oral.

En relación con los procedimientos sancionadores previos, la Sala desestima otros argumentos de la representación procesal de los ayuntamientos relativos a la presunción de inocencia y a las tomas de muestras realizadas por el departamento correspondiente de calidad de aguas. En concreto, la representación del Ayuntamiento de Albudeite pretendía esgrimir como defecto de forma la ausencia de citación para la práctica de la toma de muestras, a lo que el Tribunal respondió citando otras sentencias previas de la Sala que no lo tuvieron en cuenta (sentencias 120/2005, de 25 de febrero, y 709/2005, de 17 de octubre) por no aparecer recogido en ninguna normativa y por el sentido común procedimental de que “tal citación contribuiría a que el control pretendido por la Confederación fuera inoperante, ya que lo normal es que la persona física o jurídica interesada, evitara hacer vertidos el día señalado precisamente para evitar que el resultado de la comprobación fuera desfavorable”. Lo que sí constata el Tribunal regional es que el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 de la Constitución exige la posibilidad de contradecir la toma de muestras practicada por el organismo de cuenca, que sí se dio en los casos a los que nos referimos.

Pese a lo anterior, y teniendo en cuenta el principio de derecho ambiental de “quien contamina, paga”, nos sorprende que, a pesar de que parece imponerse la medida de restauración del medio afectado en el expediente sancionador referido al Ayuntamiento de Campos del Río en la Sentencia de 26 de noviembre de 2011, la valoración del daño supera levemente los quinientos euros, cifra que parece irrisoria si lo que se pretende es la restauración del daño causado o desincentivar al infractor, que sumará esta cantidad a los seis mil euros de la sanción, que tampoco nos parece que pueda suponer un elemento de disuasión para el abandono de tales prácticas. Estas cantidades se derivan de la consideración de la infracción como leve, pese a lo que conlleva, y nos hacen cuestionarnos si realmente se está realizando un análisis de los daños continuados que se pueden producir al cauce público por el vertido acumulado de dos poblaciones, o si únicamente se inician expedientes sancionadores por vertidos concretos sin enfrentarse a la situación ambiental, y si no sería más efectivo afrontar la cuestión mediante planes de regularización de los vertidos o incluso acudir a otros instrumentos del derecho ambiental como el derecho penal.

Esta situación de insumisión municipal a una de las obligaciones básicas y más antiguas en el derecho de aguas como es la prohibición de realizar vertidos y la ausencia de depuradoras de aguas residuales en los municipios de la Región de Murcia nos hacen remitirnos a anteriores crónicas, como la del pasado primer semestre de 2010, donde se refería un caso en que este mismo tribunal sí que dejaba sin efecto sanciones impuestas por la Confederación Hidrográfica a otros ayuntamientos de la Región de Murcia por defectos en el procedimiento sancionador. Parece que la pericia sancionadora del órgano de cuenca pudo ir incrementándose, lo que ha redundado sin duda en un cambio de la situación de las masas de agua.

Nos resulta asimismo interesante la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 23 de diciembre de 2010 (rec. 881/2008) que desestima el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Blanca contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso que declara nulo el cierre de una empresa que carece de licencia de actividad. Entre las cuestiones que se debaten, destacan la relativa a la competencia del concejal que decretó el cierre para sancionar o solo para instruir el procedimiento sancionador, y la relativa a si se trataba de una medida de sanción por la comisión de una infracción grave o bien de una medida de restablecimiento de la legalidad. Ninguna de las cuestiones es resuelta por la Sala dado que el Ayuntamiento no tramitó

expediente de infracción, punto básico en materia de derecho sancionador, lo que impidió la aplicación de normas básicas ambientales como la Ley 1/1995, de 8 de marzo, que podía fundamentar el cierre de la actividad.

1.3. Resolución judicial en materia de medidas cautelares

La Sentencia de 23 de diciembre de 2010, también de la Sala de lo Contencioso, en rollo de apelación 230/2010, viene referida a la petición de medida cautelar judicial por parte de los titulares de un establecimiento de bar-cafetería frente a la medida de cierre provisional adoptada por el Ayuntamiento de Cartagena hasta que se obtuviese la preceptiva calificación ambiental, en un ejercicio loable de las competencias ambientales de un ayuntamiento que ya había sido condenado por la Sala por la inactividad en relación con la contaminación acústica de los lugares de ocio de Cabo de Palos, donde se sitúa el establecimiento del recurrente.

La resolución de la Sala realiza un minucioso análisis del instituto de la autotutela administrativa y de la adopción judicial de medidas cautelares frente a actos negativos de la Administración, así como de los elementos que deben ser ponderados en dicha resolución judicial, trayendo a colación doctrina de tribunales superiores y haciendo suyos los análisis del auto recurrido del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Cartagena. El texto se convierte en un buen referente judicial de las medidas cautelares para la defensa de intereses particulares (económicos) frente al interés general de la policía administrativa ambiental.

La Sala refiere la doctrina del Tribunal Constitucional (en sentencias de 17 de diciembre de 1992, de 20 de enero de 1993 y de 20 de mayo de 1996) sobre la autotutela de la Administración en conexión con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución y con el principio aplicado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según el cual “la necesidad de obtener razón no debe perjudicar a quien tiene razón”.

El Tribunal Constitucional señala que del derecho fundamental previsto en el art. 24.1 deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la ley señala, pero que la efectividad de la tutela judicial efectiva reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso evitando un daño irreparable,

“[s]in que pueda entenderse que la denegación de la medida cautelar supone la vulneración del derecho de defensa o del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ya que, según reiterada jurisprudencia, ésta se obtiene desde el momento en que el interesado ha tenido acceso a la vía jurisdiccional procesalmente representado, con posibilidad de pedir ante la misma la suspensión del acto impugnado y de recurrir en apelación la decisión adoptada que deniega la suspensión de forma motivada”.

Al mismo tiempo, la Sala recalca que no se trata de una actividad con licencia, sino que consta acreditado que, con el cambio de titularidad de una licencia anterior, se ha pretendido ampliar e incluir actividades no autorizadas y que requieren una especial autorización ambiental —calificación ambiental—. También destaca que: “debemos proceder con cautela al examinar el requisito del *fumus boni iuris*, pues como de forma reiterada ha señalado el Tribunal Supremo (autos de 12 de diciembre de 1990, 20 de mayo y 19 de julio de 1991 y 22 de septiembre de 1995, entre otros muchos), en los supuestos de cese de una actividad por falta de la correspondiente licencia de apertura o por ejercer una actividad distinta de aquella para la que se concedió la autorización administrativa, o con deficiencias apreciadas respecto a la primitiva licencia, la suspensión supondría el otorgamiento de una licencia para una actividad no reconocida administrativamente. No puede olvidarse que ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, ni la tolerancia municipal en el ejercicio de una actividad implican un acto tácito de otorgamiento de licencia. Además, en ausencia de calificación ambiental favorable no puede existir licencia, ni suministro para el desarrollo de la actividad. Cualquier otra solución es pura perversión del sistema. Ciertamente, si carece de calificación ambiental, sin prejuzgar el fondo del asunto, no cabe pensar en una reanudación de la actividad sin la previa calificación ambiental favorable, o el procedimiento que sea aplicable conforme a la normativa que le fuera aplicable”.

La Sentencia finaliza afirmando que es cierto que el cese de cualquier actividad conlleva unos daños y perjuicios evidentes, pero que debe prevalecer frente a estos el interés general de que no se siga desarrollando una actividad sin control administrativo. Y añade, además, que no resultan de la ejecución daños o perjuicios de imposible reparación, toda vez que siempre podría obtenerse una compensación económica si prosperara su pretensión.

1.4. Resolución en materia de tarifas del servicio del agua potable

Destaca a su vez la Sentencia de 19 de noviembre de 2010 (rec. 16/2006), que resuelve un recurso planteado por una asociación de consumidores y usuarios de reconocida actividad en la Región de Murcia, como es FACUA CONSUMUR, frente a la Orden de 2 de diciembre de 2005, de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, por la que se aprobaron las nuevas tarifas del servicio municipal de agua potable de la ciudad de Murcia.

En principio, puede parecer una cuestión menor por tratarse de cuestiones de fiscalidad, de competencia o bien de consumidores que discuten la proporcionalidad, igualdad y no discriminación de la escala tarifaria de un servicio municipal, pero, por tratarse de un recurso escaso, así como de un ámbito de incidencia de normas ambientales de calidad de las aguas, y, sobre todo, por la doctrina y reflexiones insertadas en la Sentencia, estamos ante una cuestión doméstica de relevancia ambiental, más aún en una región como la de Murcia, que arrastra un déficit hídrico cada vez mayor.

Así, la Sala, tras analizar las competencias locales en materia de abastecimiento, así como la jurisprudencia que delimita las competencias autonómicas y locales en materia de competencia tarifaria, expresa que “el agua potable de uso familiar no es un mero recurso que admita tratamientos de simple mecanicismo numérico. Por el contrario y como ha tenido ocasión de recordar el T.S. en su Sentencia de 28 de diciembre de 2007, sin olvidar las simples ponderaciones numéricas, el sistema de tarifa debe atender objetiva y razonablemente, a la naturaleza del agua como un recurso escaso, lo cual determina que en la configuración de la tarifa binaria exista (como la que nos ocupa) una finalidad recaudatoria evidente, además de una finalidad no fiscal, dirigida a reducir el consumo del agua, al tratarse de un bien escaso, por lo que en principio estaría justificada esa parte variable de la misma que eleva el precio del agua en la medida en que comienza a ser excesiva en relación con el considerado como normal”.

Dentro de las tarifas municipales por suministro domiciliario de agua potable hay una parte puramente contributiva y otra destinada a la protección de los recursos escasos, incluso a la protección medioambiental; pero ello no excluye el máximo respeto posible de los principios enunciados. Ha de recordarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada por la Sala 2.^a en 2009, asunto Futura Immobiliare srl Hotel Futura, la cual, en respuesta a cuestión prejudicial planteada en relación con la

interpretación y aplicación de la Directiva 2006/12/CE, relativa a la protección medioambiental y la imputación de costes bajo el principio de “quien contamina, paga”, admitía incluso en cuanto a la protección directa del medio ambiente, dentro de la supresión de residuos contaminantes, la posibilidad y corrección jurídica de controlar judicialmente la existencia “... de unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar”.

A pesar de que finalmente la Sala estima la demanda por cuanto entiende que la estructura tarifaria discrimina y es desproporcionada, las menciones de política ambiental así como la referencia a decisiones judiciales del ámbito comunitario que se citan en el cuerpo de la Sentencia bien merecen una mención que debe ser extensiva al resto de tarifas de agua potable que se vayan estableciendo, así como al resto de decisiones judiciales regionales.

2. Jurisprudencia penal de la Audiencia Provincial de Murcia

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de diciembre de 2010 (ponente: D. Augusto Morales Lima) supone un hito importante en el tratamiento penal de la contaminación acústica, si bien más por contraste con decisiones más atinadas que por su propia aportación. En la Sentencia se estima el recurso de apelación interpuesto por el dueño de un establecimiento de una discoteca en el municipio de Lorca y se termina absolviéndole por diferentes fundamentos que ponen de relieve la dificultad de subsumir la contaminación acústica dentro de los delitos ecológicos, así como las dudas que en relación con la naturaleza del delito ambiental y los elementos del tipo aún asedian a miembros del Poder Judicial, a lo que hay que añadir el detalle de que la falta de traslado del recurso del Ministerio Fiscal justifica que la Audiencia no entre a discutir sus argumentos y proceda sin más a la absolución.

Se trata de una situación desgraciadamente usual que viven muchas personas cuya vivienda está situada sobre una discoteca que supera continuamente los niveles de ruido establecidos en la normativa y en la licencia municipal, situación ante la cual los municipios no ejercen debidamente sus competencias. Tras diversas denuncias y expedientes sancionadores administrativos, el afectado, que sufre un trastorno ansioso-depresivo y está siendo tratado por insomnio, acude al Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil —observemos que abandona la posibilidad de acudir a la

Policía Local— y acredita la superación desmesurada durante una noche de los niveles permitidos.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal condenó al dueño del bar, si bien no citó las normas en materia de ruido que configuraban la accesoriadad administrativa del tipo penal, cuestión que es solventada por el Ministerio Fiscal, que cita las normas autonómicas y locales aplicables —Decreto 48/1998, de 30 de julio, y Ordenanza sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones de 14 de octubre del año 2000 del Ayuntamiento de Lorca—. La Audiencia otorga mucha importancia a que el trastorno ansioso-depresivo del perjudicado tuviese su origen en los años 1996 y 1997, cuando la normativa en materia de ruido aún no había entrado en vigor, y por entender que no hay riesgo para la salud, ante la necesidad de acreditar la puesta en peligro del equilibrio de los ecosistemas que exige el artículo 325 del Código Penal, acude a una técnica de redacción curiosa. El autor de la Sentencia de la Audiencia decide reproducir literalmente la Sentencia de la Sala 2.^a de 24 de febrero de 2003 (ponente: D. Carlos Granados Pérez), que analiza el tratamiento jurídico-criminal de la contaminación acústica y que se ha convertido en doctrina jurisprudencial en la materia:

“Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código Penal en cuanto tras describir las manifestaciones de la conducta delictiva se añade que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. La Sentencia de esta Sala 1725/2002, de 23 de octubre, nos *recuerda que en cuanto el artículo 45 de la Constitución* dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva y que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención

prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales. En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre, en la que se declara que en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido “que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles”, la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que “el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas”. La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso “que puedan perjudicar gravemente” (art. 325 CP) ó “que genere riesgo” (art. 362.2 CP; cfrs. SSTS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999). Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción”.

Pese a lo anterior, que supone un recorrido por una trascendental doctrina que abarca normas nacionales, autonómicas, comunitarias, casos ante el Tribunal de Derechos

Humanos, decisiones de la Organización Mundial de la Salud, todo ello para valorar en su justa medida los daños que a la calidad de vida se producen por el ruido, la Audiencia Provincial parece querer cuestionar la propia doctrina alegada —que consensúa una naturaleza próxima al delito de peligro abstracto— y entendiendo que no hay un daño concreto en la víctima insomne, pese a reconocer el incumplimiento de la normativa municipal para la protección del ambiente, la existencia de expedientes sancionadores previos, la desobediencia a órdenes municipales de cese y otras circunstancias del caso, absuelve al acusado.

Esta resolución de la Audiencia, después de toda la doctrina y la respuesta judicial a los graves problemas que genera el ruido, puede causar sorpresa si la comparamos con la Sentencia de la Audiencia Provincial 34/2010, de 15 de febrero (ponente: Juan del Olmo Gálvez), que ya fue objeto de crónica y que estuvo referida a un bar del municipio de Archena.

En el caso de la discoteca de Lorca, podría también entenderse que la aparición de un trastorno mental en la víctima con anterioridad al establecimiento de niveles máximos permitidos de ruido no excluye la producción de daños psíquicos posteriores, y mucho menos excluye el peligro o riesgo de dichos daños o el riesgo de alteración de la calidad de vida en los alrededores de la discoteca —imaginemos el volumen en el exterior de la vivienda conocidos los parámetros del salón privado—. Por todo ello, de la Sentencia destacamos su contradicción con la propia doctrina alegada, lo que evidencia una vez más la necesidad de una mayor sensibilidad judicial ante determinados problemas ambientales que permita una interpretación sosegada de los distintos tipos para no dejar sin respuesta un conflicto que va más allá de la víctima que denuncia, como podremos observar en el siguiente epígrafe.

3. Jurisprudencia civil en materia de contaminación acústica

En el ámbito civil también nos encontramos con asuntos que tienen que ver con la contaminación acústica, fenómeno que, por su potencial dañino y su frecuencia en nuestros municipios, se convierte en el máximo protagonista de la actividad jurisdiccional en materia ambiental, en este caso también en el municipio de Lorca y en relación con la misma discoteca, esta vez demandada por la Comunidad de Propietarios del edificio en la jurisdicción privada.

La Sentencia de 6 de octubre de 2010 de la Audiencia Provincial conoce del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Lorca que desestimó las peticiones del colectivo de propietarios del edificio en el que se ubicaba la discoteca. En la demanda inicial, la Comunidad de Propietarios solicitaba, junto con el cese definitivo de la actividad, una cuantiosa indemnización, la extinción del arrendamiento a dicha comunidad y el lanzamiento del inquilino, a lo que el Juzgado de 1.ª Instancia no accedió por entender que la acción había prescrito, ya que la demanda se había presentado más de un año después de la notificación del acuerdo de cese de la actividad al dueño de la discoteca.

La Audiencia recuerda que la excepción de prescripción no puede apreciarse de oficio por los tribunales y que las partes demandadas no la plantearon frente a la acción de cese de la actividad. Además, considera inapropiado el uso del instituto de la prescripción ante lo que entiende que son “daños continuados”, ya que se siguieron produciendo mucho tiempo después de haberse presentado la demanda.

En relación con estimar la acción de cesación amparada en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, el ponente cita la Sentencia de 16 de noviembre de 2004 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un supuesto similar en el que se consideraba vulnerado el derecho humano a la intimidad, “posición que vino a acoger el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de febrero de 2004 y auto de 31 de enero de 2005, en las que concluye que el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos, habiendo declarado dicho Tribunal que la contaminación acústica afecta al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución”.

Tras una verificación de los requisitos en cuanto a que se acreditan las molestias permanentes, que se trata de incomodidades significativas y superiores a las habituales, que se ha practicado el requerimiento de subsanación y que este no se ha subsanado, y que ha habido acuerdo de la Junta de Propietarios, la Audiencia estima el recurso de apelación.

Para acreditar la existencia de molestias permanentes y graves, utiliza la Sentencia del Juzgado de lo Penal a la que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior pruebas testificales, informes del Defensor del Pueblo tras 17 años de denuncias y la condición

de zona de especial protección medioambiental —otorgada en el año 2002 por el Ayuntamiento de Lorca— de que disfruta esta zona residencial, sin que el dueño del pub acreditase haber dado cumplimiento a las exigencias de lo dispuesto en las Ordenanzas de 26 de junio de 2006 de dicho Ayuntamiento, “habiendo sido reiteradamente sancionado, sin que conste que haya dado cumplimiento a los requerimientos de subsanación pese a tener una licencia con carácter provisional o a las recomendaciones que hizo el Defensor del Pueblo, para lo cual bien podía haber aportado la documentación, que él debía poseer, relativa al cumplimiento de todas las condiciones que le ha ido exigiendo la Administración (como puede ser en el tema del aire acondicionado o la ampliación del espacio con la construcción de un porche acristalado)”.

Por todo lo anterior, la Sentencia de la Audiencia condena al demandado al cese definitivo de la actividad y, dada la reiteración en el tiempo de la conducta renuente del titular a cumplir con la normativa sobre ruidos desde el año 1991, se estima procedente declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos al local, entre ellos, el contrato de arrendamiento que tenía concertado, así como su inmediato lanzamiento. A su vez y acudiendo a jurisprudencia menor de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en Sentencia de 8 de enero de 2008, o a Sentencia de la Sección 8.ª de Valencia, declara que “una vez probada la contaminación acústica en horas intempestivas, los perjuicios no requieren para su apreciación otro criterio que las normas de la lógica y de la experiencia”. Asimismo, por considerar “acreditado por la mera existencia de ruidos y vibraciones que perturban el descanso y la vida cotidiana de los vecinos del edificio que conforma la Comunidad actora; ruidos que superan la normativa protectora de medio ambiente y en especial debían evitarse por la declaración de la urbanización de zona de especial protección acústica, y que los demás vecinos no estaban obligados a soportar, se considera prudente cuantificar los mismos en 10.000 euros teniendo en cuenta que ya se concedió 3.000 euros al vecino de la vivienda superior en el anterior procedimiento penal, la duración prolongada en el tiempo y que el resto de los vecinos tenían una perturbación inferior a la del referido vecino”.

La vía civil muestra otra posibilidad de abordar el conflicto ambiental, que, en el caso de esta crónica, hemos visto reflejado en diferentes vías jurisdiccionales tales como el procedimiento especial de derechos fundamentales en el ámbito contencioso, el delito ambiental o la acción de cesación, y las derivadas de la Ley de Propiedad Horizontal en

el derecho privado, lo que muestra las posibilidades de defensa del derecho a un medio ambiente sano y la madurez que se viene alcanzando en las instancias judiciales.

Sumari: 1. Jurisprudència administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Regió de Múrcia. 1.1. Sentència en procediment especial de drets fonamentals per a la protecció ambiental. 1.2. Jurisprudència en matèria sancionadora. 1.3. Resolució judicial en matèria de mesures cautelars. 1.4. Resolució en matèria de tarifes del servei de l'aigua potable. 2. Jurisprudència penal de l'Audiència Provincial de Múrcia. 3. Jurisprudència civil en matèria de contaminació acústica.

L'activitat jurisdiccional dels tribunals de la comunitat autònoma murciana contrasta amb l'apatia dels poders executiu i legislatiu en la matèria, per bé que no totes les resolucions judicials reverteixen el mateix interès, i per això hem seleccionat les que des de la jurisdicció contenciosa administrativa —Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia—, o bé en matèria penal i civil, des de l'Audiència Provincial, poden il·lustrar el debat jurídic ambiental, i especialment el que atén a l'efectiva aplicació del dret ambiental. En el primer bloc destacarem resolucions referides a la potestat sancionadora o a les mesures cautelars, i en el segon les que s'enfronten a la contaminació acústica, qüestió en la qual podrem observar el diferent tractament que es dispensa en cadascuna de les jurisdiccions, amb la qual cosa és nota comuna, en la majoria dels conflictes ambientals subjacents, la debilitat municipal a l'hora d'exercir les competències ambientals, així com l'efectivitat cada vegada més gran de la Fiscalia de Medi Ambient i la qualificació de lletrats locals especialistes en matèria ambiental, com Adolfo López López i Ginés Ruiz Macià, que estan al darrere de les demandes que van iniciar els procediments la resolució dels quals és objecte de la crònica.

1. Jurisprudència administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Regió de Múrcia

D'entre les resolucions de la jurisdicció contenciosa administrativa, farem referència únicament a les més rellevants, ja que moltes no entren al fons de l'assumpte i estimen o desestimen recursos davant l'Administració per la concurrència o l'absència de determinats pressupostos processals. Per això, no analitzarem l'habitual producció judicial de resolucions pel que fa a subvencions i ajudes en matèria d'agricultura o protecció del paisatge, així com tampoc les que es refereixen al pagament de taxes municipals per l'obertura de plantes fotovoltaïques i parcs eòlics, que mostrarien simplement l'èxit de les polítiques de foment en matèria d'energia renovables, i tampoc

entrarem en qüestions referides a urbanisme, amb menys impacte en l'ordenació del territori.

1.1. Sentència en procediment especial de drets fonamentals per a la protecció ambiental

Potser una de les resolucions judicials més valuoses d'aquest període és la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa de 25 d'octubre de 2010, en rotlle d'apel·lació 291/2010, de la qual és ponent el Sr. Fernando Castillo Rigabert, per la transcendència jurídica i social pel que suposa de confirmació d'una via per defensar el dret a un medi ambient sa per mitjà de la protecció dels drets fonamentals, seguint l'empremta internacional originada en aquesta regió pel cas "López Ostra" al Tribunal Europeu de Drets Humans.

Hem de recordar la sentència apel·lada, que ja vam comentar en la crònica jurisprudencial del primer període de 2010, és a dir, la Sentència 5/2010, de 15 de gener, del Jutjat Contenciosos núm. 1 de Cartagena, en procediment especial per a la protecció de drets fonamentals interposat per tres veïns del municipi de San Pedro del Pinatar davant la inactivitat del seu Ajuntament per protegir-los de les emissions odorífiques que, des de feia cinc anys, produïa a l'interior dels seus habitatges una empresa dedicada a la fabricació de làmines asfàltiques i biluminosos, les quals dificultaven la respiració especialment als menors d'edat.

Inicialment la titular del Jutjat va desestimar la demanda dels veïns afectats, que demanaven que el Tribunal avalués la lesió dels drets fonamentals a la integritat física (art. 15 de la Constitució espanyola, CE), la intimitat familiar (art. 18.1) i la inviolabilitat del domicili (art. 18.2), derivada de la inactivitat de l'Ajuntament de San Pedro després de nombroses denúncies amb relació als seus deures de protecció i inspecció ambiental, i que el condemnés a promoure la cessació de les immissions i indemnitzar la part recurrent. La titular del Jutjat, tot i les pericials aportades, no obstant això, va acudir a comprovar si l'empresa tenia els deguts permisos administratius per funcionar i va desestimar la demanda.

La part recurrent, en la petició d'anul·lació de la sentència d'instància, va fer èmfasi en la innecessarietat de vulnerar la normativa ambiental perquè entenia que afectava el dret fonamental, la irrellevància de la tinença de permisos i llicències, a tenir per provat els

fets i fins i tot reconeguts pels representants de l'Ajuntament, i va demanar una indemnització per a la part recurrent. A aquests arguments hi va donar suport el Ministeri Fiscal.

La resolució del recurs d'apel·lació de la Sala inicia un camí deductiu simple i meridià, encetat per la cita de doctrina contundent i prèvia, com són les sentències de la mateixa Sala de 19 de desembre de 2006 i de 21 de febrer de 2001, que incorporen el contingut pel que fa a l'existència de vulneració del dret a la intimitat personal i familiar i la inviolabilitat del domicili per la penetració d'olors, sorolls, etc., ja que aquest domicili *“debe quedar exento e immune a las agresiones externas de otras personas o de las autoridades públicas (STC 22/1984, de 17 de febrero). Se trata de defender el ámbito de privacidad de la persona dentro del ámbito limitado que la propia persona elige”*. La Sala acudeix al concepte de domicili que conté l'article 40 del Codi civil i planteja que és irrellevant la classificació del sòl com a de regadiu o la condició de segona residència d'alguns habitatges, i això ho demostra el *“hecho notorio de que tal circunstancia no evitaría tener que solicitar un mandamiento de entrada para poder acceder al mismo sin consentimiento de entrada para poder acceder al mismo sin el consentimiento de su titular salvo en caso de flagrante delito”*.

Recordem que la Sentència 92/2001 TSJ de Múrcia, Secció 2a de la Sala Contenciosa Administrativa, de 21 de febrer (ponent: Abel Ángel Sáez Domenech), que afirma que *“de darse la violación del derecho fundamental invocado, no se debería a la inexistencia de dicha licencia o a la falta de tramitación de dicho procedimiento, sino a la existencia en sí de la instalación y a los malos olores que produce sobre las viviendas de los actores, con independencia de que se haya concedido o no dicha licencia (podría existir la licencia y darse la violación del derecho fundamental alegada)”*.

El magistrat ponent Castell Rigabert entén que les males olors s'han acreditat completament, no només per la prova practicada en primera instància, sinó pel propi reconeixement que va fer l'alcalde en una televisió local, així com per les diligències policials, les notes de premsa i fins i tot per la carta del mateix alcalde als veïns en la qual afirmava que *“siendo consciente de las molestias que la actividad fabril causa a algunos vecinos [...] he instado a que cesen los ruidos y disminuyan los olores”*.

Pel que fa a la vulneració d'altres drets fonamentals com la integritat física o el dret a la vida, la Sala entén que no s'han acreditat. No obstant això, l'admissió del recurs d'apel·lació va suposar la condemna a l'Administració local perquè cessessin immediatament els sorolls i les males olors i s'indemnitzessin els recurrents amb una compensació basada en la renda mensual dels habitatges —tenint en compte la jurisprudència anterior, així com que els habitatges eren segones residències— de 500 euros des del moment que es va produir la reclamació a l'Administració, fet que suposa una condemna pecuniària important per a la caixa de cabals municipal, amb la qual cosa el patrimoni de l'empresa contaminant quedava incòmode, i tot això per no haver exercit les competències ambientals municipals.

1.2. Jurisprudència en matèria sancionadora

En aquesta ocasió, l'acció revisora dels Tribunals permet observar un refrendament més gran de les resolucions i dels procediments sancionadors de la Confederació Hidrogràfica del Segura enfront de petits municipis per abocaments al domini públic hidràulic, en les sentències de 26 de novembre de 2010 (rec. 167/2006) i de 30 de desembre de 2010 (rec. 342/2006).

Aquests expedients sancionadors de l'òrgan de conca, que es remunten al 2005, tenien com a objecte protegir la qualitat de les aigües del riu Mula, que, al seu pas pels municipis d'Albudeite i Campos del Río, continuava rebent l'abocament de les aigües residuals municipals, que no tenien estació depuradora. Sense entrar en el problema ambiental que subjau en les sancions i que suposa l'incompliment d'obligacions de dret comunitari amb més de trenta anys en vigor, la defensa judicial dels ens locals sancionats utilitza precisament l'excusa que no es dóna el requisit de la culpabilitat, ja que la competència per planificar, construir i finançar l'eventual EDAR seria de la Comunitat Autònoma de la Regió de Múrcia. Les sentències descarten aquests arguments, i ambdós acuden a les obligacions que conté l'article 25.2.I de la llei de bases de règim local, i fins i tot a l'institut de la *culpa in vigilando*, com s'exposa en el fonament de dret segon de la Sentència de 30 de desembre (ponent: Joaquín Moreno Grau): “no cabe admitir la falta de responsabilidad del Ayuntamiento por gestionar indirectamente el servicio de depuración, al no existir duda de que cabe sancionar a las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los hechos constitutivos de

infracción aunque sea a título de simple inobservancia, como prevé el Art. 130.1 Ley 30/92 , sin que pueda desconocerse que la Corporación es responsable del vertido y depuración de aguas residuales, primero porque entre sus competencias está el tratamiento de aguas residuales (Art. 25 2 l Ley 7/85 de 2 abril) y además, porque es la titular de la autorización provisional concedida por la Confederación, de manera que la gestión indirecta del servicio de vertidos y depuración no le exonera de sus facultades de inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio público, por lo que no existe inconveniente legal en atribuirle una posible culpa in vigilando, pues como titular de vertidos está obligado a cumplir determinados requisitos, y entre ellos la aprobación de un plan de regularización de vertidos municipales”.

Un altre element que cal destacar en la situació, si més no deficient d'aquests municipis, és l'existència d'autoritzacions provisionals que es remunten als anys vuitanta, contínuament incomplertes i el contingut de les quals no ha estat revisat pels òrgans de conca, en una actitud que ha generat també a la Regió de Múrcia la instrucció de causes penals amb relació al municipi de Múrcia, pendents de judici oral.

Quant als procediments sancionadors previs, la Sala desestima altres arguments de la representació processal dels ajuntaments referits a la presumpció d'innocència i a les preses de mostres realitzades pel departament corresponent de qualitat d'aigües. En concret, la representació de l'Ajuntament d'Albudeite pretenia esgrimir com a defecte de forma l'absència de citació per a la pràctica de la presa de mostres, a la qual cosa el Tribunal respon esmentant altres sentències prèvies de la Sala que no van atendre aquest motiu (sentències 120/2005, de 25 de febrer, i 709/2005, de 17 d'octubre) perquè no apareixia en cap normativa i pel sentit comú procedimental que *“tal citación contribuiría a que el control pretendido por la Confederación fuera inoperante, ya que lo normal es que la persona física o jurídica interesada, evitara hacer vertidos el día señalado precisamente para evitar que el resultado de la comprobación fuera desfavorable”*. El que sí que constata el Tribunal Regional és que el dret de defensa consagrat en l'article 24 de la Constitució exigeix la possibilitat de contradir la presa de mostres de l'organisme de conca, que sí que es va donar en els casos a què ens referim.

Tot i això, i tenint en compte el principi de dret ambiental que “qui contamina paga”, ens sorprèn que, tot i que sembla que s'imposa la mesura de restauració del medi afectat en l'expedient sancionador referit a l'Ajuntament de Campos del Río en la Sentència de 26 de novembre de 2011, la valoració del dany supera lleument els 500 euros, xifra que

sembla irrisòria si el que es pretén és restaurar el dany causat o convèncer l'infractor, que sumarà aquesta quantitat als 6.000 euros per la sanció, que tampoc ens sembla que pugui suposar un element de convicció per haver abandonat aquestes pràctiques. Aquestes quantitats provenen de la consideració de la infracció com a lleu, malgrat el que comporta, i fan qüestionar-nos si realment s'estan analitzant els danys continuats que es poden produir a la llera pública per l'abocament acumulat de dues poblacions, o si únicament s'inicien expedients sancionadors per abocaments concrets sense enfrontar-se a la situació ambiental, i si no seria més efectiu encarar la qüestió mitjançant plans de regularització dels abocaments o fins i tot acudir a altres instruments de dret ambiental com el dret penal.

Aquesta situació d'insubmissió municipal a una de les obligacions bàsiques i més antigues en el dret d'aigües com és la prohibició de realitzar abocaments i l'absència de depuradores d'aigües residuals en els municipis de la Regió de Múrcia, fa remetre'ns a cròniques anteriors, com la del primer semestre de 2010, en què aquest mateix Tribunal deixava sense efectes sancions imposades per la Confederació Hidrogràfica a altres ajuntaments de la Regió de Múrcia, per defectes en el procediment sancionador. Sembla que la perícia sancionadora de l'òrgan de conca es va poder incrementar, cosa que, sens dubte, coincideix en el canvi de situació de les masses d'aigua.

Així mateix, ens resulta interessant la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa de 23 de desembre de 2010 (rec. 881/2008), que desestima el recurs interposat per l'Ajuntament de Blanca contra la Sentència del Jutjat Contenciós que declara nul el tancament d'una empresa que no té llicència d'activitat. Entre les qüestions que es debaten destaca la relativa a la competència del regidor que va decretar el tancament per sancionar o només per instruir el procediment sancionador, i si la mesura es tractava d'una sanció per haver comès una infracció greu o bé d'una mesura de restabliment de la legalitat. La Sala no ha resolt aquestes dues discussions, ja que l'Ajuntament no va tramitar expedient d'infracció, qüestió bàsica en matèria de dret sancionador, i que impedeix aplicar normes bàsiques ambientals, com la Llei 1/1995, de 8 de març, que va poder fonamentar el tancament de l'activitat.

1.3. Resolució judicial en matèria de mesures cautelars

La Sentència de 23 de desembre de 2010, també de la Sala Contenciosa, referida al rotlle d'apel·lació 230/2010, fa referència a la petició de mesura cautelar judicial per part dels titulars d'un establiment d'un bar cafeteria enfront de la mesura de tancament provisional adoptada per l'Ajuntament de Cartagena, fins que s'obtingués la preceptiva qualificació ambiental, en un exercici lloable de les competències ambientals d'un Ajuntament que la Sala ja va condemnar per inactivitat amb relació a la contaminació acústica dels llocs d'oci del cap de Palos, on se situa l'establiment de la part recurrent.

La resolució de la Sala analitza minuciosament l'institut de l'autotutela administrativa i de l'adopció judicial de mesures cautelars davant d'actes negatius de l'Administració, així com dels elements que s'han de ponderar en aquesta resolució judicial, i porta a col·lació la doctrina de tribunals superiors i fa seves les anàlisis de la interlocutòria que ha recorregut del Jutjat del Contenciós Administratiu de Cartagena. El text es converteix en un bon referent judicial de les mesures cautelars per defensar interessos particulars (econòmics) enfront de l'interès general de la policia administrativa ambiental.

La Sala refereix la doctrina del Tribunal Constitucional (en les sentències de 17 de desembre de 1992, 20 gener 1993 i 20 de maig de 1996) sobre l'autotutela de l'Administració en connexió amb el principi de tutela judicial efectiva consagrat en l'article 24 de la Constitució, i amb el principi que aplica el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, segons el qual "la necessitat d'obtenir raó no ha de perjudicar a qui té raó". En aquest sentit, la Sala diu:

“El Tribunal Constitucional señala que del derecho fundamental previsto en el art. 24.1 deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la ley señala, pero que la efectividad de la tutela judicial efectiva reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso evitando un daño irreparable. (...) Sin que pueda entenderse que la denegación de la medida cautelar supone la vulneración del derecho de defensa o del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, ya que, según reiterada jurisprudencia, ésta se obtiene desde el momento en que el interesado ha tenido acceso a la vía jurisdiccional procesalmente representado, con posibilidad de pedir ante la misma la suspensión del acto impugnado y de recurrir en apelación la decisión adoptada que deniega la suspensión de forma motivada”.

Al mateix temps, la Sala recalca que no es tracta d'una activitat amb llicència, sinó que acreditat que, amb el canvi de titularitat d'una llicència anterior, s'ha pretès ampliar i incloure activitats no autoritzades i que requereixen una autorització ambiental especial —qualificació ambiental. També destaca que: *“debemos proceder con cautela al examinar el requisito del fumus boni iuris, pues como de forma reiterada ha señalado el Tribunal Supremo (autos de 12 de diciembre de 1990, 20 de mayo y 19 de julio de 1991 y 22 de septiembre de 1995, entre otros muchos), en los supuestos de cese de una actividad por falta de la correspondiente licencia de apertura o por ejercer una actividad distinta de aquella para la que se concedió la autorización administrativa, o con deficiencias apreciadas respecto a la primitiva licencia, la suspensión supondría el otorgamiento de una licencia para una actividad no reconocida administrativamente. No puede olvidarse que ni el transcurso del tiempo, ni el pago de tributos, ni la tolerancia municipal en el ejercicio de una actividad implican un acto tácito de otorgamiento de licencia. Además, en ausencia de calificación ambiental favorable no puede existir licencia, ni suministro para el desarrollo de la actividad. Cualquier otra solución es pura perversión del sistema. Ciertamente, si carece de calificación ambiental, sin prejuzgar el fondo del asunto, no cabe pensar en una reanudación de la actividad sin la previa calificación ambiental favorable, o el procedimiento que sea aplicable conforme a la normativa que le fuera aplicable”*.

La Sentència finalitza afirmant que és cert que el cessament de qualsevol activitat porta en si danys i perjudicis evidents, però ha de prevaler l'interès general que no es continuï realitzant una activitat sense control administratiu. I afegeix, a més, que de l'execució no en resulten danys o perjudicis impossibles de reparar, ja que sempre es podria obtenir una compensació econòmica si la seva pretensió prosperés.

1.4. Resolució en matèria de tarifes del servei de l'aigua potable

Destaquem, al seu torn, la Sentència de 19 de novembre de 2010 (rec. 16/2006), que resol un recurs que planteja una associació de consumidors i usuaris de reconeguda activitat a la Regió de Múrcia, com és FACUA Consumur, enfront de l'Ordre de 2 de desembre de 2005 de la Conselleria de Turisme, Comerç i Consum, per la qual es van aprovar les noves tarifes del servei municipal d'aigua potable de la ciutat de Múrcia.

En principi pot semblar una qüestió menor perquè es tracta de qüestions de fiscalitat, de competència o bé de consumidors que discuteixen la proporcionalitat, igualtat i no-discriminació de l'escala tarifària d'un servei municipal, però, ja que es tracta d'un recurs escàs, així com d'un àmbit d'incidència de normes ambientals de qualitat de les aigües i, sobretot, de la doctrina i reflexions inserides en la sentència, estem davant d'una qüestió domèstica de rellevància ambiental, més encara en una regió com la de Múrcia, que arrossega un dèficit hídric cada vegada més gran.

Així, la Sala, després d'analitzar les competències locals en matèria d'abastament i la jurisprudència que delimita competències autonòmiques i locals en matèria de competència tarifària, expressa que *“el agua potable de uso familiar no es un mero recurso que admita tratamientos de simple mecanicismo numérico. Por el contrario y como ha tenido ocasión de recordar el T.S. en su Sentencia de 28 de diciembre de 2007 , sin olvidar las simples ponderaciones numéricas, el sistema de tarifa debe atender objetiva y razonablemente, a la naturaleza del agua como un recurso escaso, lo cual determina que en la configuración de la tarifa binaria exista (como la que nos ocupa) una finalidad recaudatoria evidente, además de una finalidad no fiscal, dirigida a reducir el consumo del agua, al tratarse de un bien escaso, por lo que en principio estaría justificada esa parte variable de la misma que eleva el precio del agua en la medida en que comienza a ser excesiva en relación con el considerado como normal”*.

En les tarifes municipals per subministrament domiciliari d'aigua potable hi ha una part purament contributiva, i una altra destinada a la protecció dels recursos escassos, fins i tot a la protecció mediambiental, però això no exclou el millor respecte possible dels principis enunciats. Recordem la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, dictada per la Sala Segona el 2009, afer “Futura Immobiliare srl Hotel Futura”, la qual, en resposta a la qüestió prejudicial plantejada amb relació a la interpretació i l'aplicació de la Directiva 2006/ 12/CE, relativa a la protecció mediambiental i la imputació de costos sota el principi de “qui contamina paga”, admetia, fins i tot amb relació a la protecció directa del medi ambient, en la supressió de residus contaminants, la possibilitat i la correcció jurídica de controlar judicialment l'existència *“de unos costes manifiestamente desproporcionados respecto de los volúmenes o de la naturaleza de los residuos que pueden generar”*.

Tot i que finalment la Sala estima la demanda perquè entén que l'estructura tarifària discrimina i és desproporcionada, les mencions de política ambiental, així com la

referència a decisions judicials de l'àmbit comunitari referides al cos de la sentència, bé mereixen una menció que ha de ser extensiva a la resta de tarifes d'aigua potable que es vagin establint, i també a la resta de decisions judicials regionals.

1. Jurisprudència penal de l'Audiència Provincial de Múrcia

La Sentència de l'Audiència Provincial de Múrcia de 10 de desembre de 2010 (ponent: Sr. Augusto Morales Lima) suposa una fita important en el tractament penal de la contaminació acústica, encara que més pel contrast amb decisions més encertades que per la seva aportació. En l'esmentada sentència, s'estima el recurs d'apel·lació interposat pel propietari d'un establiment d'una discoteca al municipi de Lorca i se l'acaba absolut per diferents fonaments que posen en relleu la dificultat de subsumir la contaminació acústica en delictes ecològics, així com els dubtes que pel que fa a la naturalesa del delicte ambiental i els elements del tipus encara assetgen membres del poder judicial, a la qual cosa cal afegir el detall que la manca de trasllat del recurs del Ministeri Fiscal justifiqui que el magistrat de l'Audiència Sala no n'entri a discutir els arguments i, sense més ni més, l'absolgui.

Es tracta d'una situació desgraciadament usual de l'habitant d'un habitatge situat damunt d'una discoteca que supera contínuament els nivells de soroll establerts en la normativa i en la llicència municipal, situació davant la qual els municipis no exerceixen degudament les seves competències. Després de diverses denúncies i expedients sancionadors administratius, l'afectat, que pateix un trastorn ansiós depressiu i li tracten l'insomni, acudeix al Servei de Protecció de la Natura de la Guàrdia — observem que abandona la possibilitat d'acudir a la Policia Local— i acredita la superació desmesurada durant una nit dels nivells permesos.

La Sentència del Jutjat Penal va condemnar el propietari del bar, si bé no va esmentar les normes en matèria de soroll que configuraven l'accessorietat administrativa del tipus penal, qüestió que resol el Ministeri Fiscal, que esmenta les normes autonòmiques i locals aplicables —Decret 48/1998, de 30 de juliol i l'Ordenança sobre protecció del medi ambient contra l'emissió de sorolls i vibracions, de 14 d'octubre de 2000, de l'Ajuntament de Lorca. L'Audiència atorga molta importància al fet que el trastorn ansiós depressiu de la persona perjudicada s'originés en els anys 1996 i 1997, quan la normativa en matèria de soroll encara no havia entrat en vigor i, perquè entén que no hi

ha risc per a la salut, davant la necessitat d'acreditar la posada en perill de l'equilibri dels ecosistemes que exigeix l'article 325 del Codi penal, acudeix a una tècnica de redacció curiosa. L'autor de la sentència de l'Audiència decideix reproduir literalment la Sentència de la Sala Segona de 24 de febrer de 2003 (ponent: Carlos Granados Pérez), que analitza el tractament juridicocriminal de la contaminació acústica i que s'ha convertit en doctrina jurisprudencial en la matèria:

“Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código Penal en cuanto tras describir las manifestaciones de la conducta delictiva se añade que "puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. La Sentencia de esta Sala 1725/2002, de 23 de octubre, nos recuerda que en cuanto el artículo 45 de la Constitución dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva y que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales. En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre, en la que se declara que en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el art. 347 bis eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que

«que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requieren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el art. 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso «que puedan perjudicar gravemente» (art. 325 CP) ó «que genere riesgo» (art. 362.2 CP; cfrs. SSTs de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999). Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundará indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción».

Malgrat el que hem exposat anteriorment, que suposa un recorregut per una doctrina transcendental que abasta normes nacionals, autonòmiques, comunitàries, casos davant el Tribunal de Drets Humans, decisions de l'Organització Mundial de la Salut, tot això per a valorar en la seva justa mesura els danys que es produeixen a la qualitat de vida mitjançant el soroll, l'Audiència Provincial sembla que vol qüestionar la mateixa doctrina al·legada —que consensua una naturalesa pròxima al delictes de perill abstracte— i entenent que no hi ha un dany concret a la víctima insomne, tot i reconèixer que s'incompleix la normativa municipal per a la protecció de l'ambient, l'existència d'expedients sancionadors previs, la desobediència a ordres municipals de cessament i altres circumstàncies del cas, absol l'acusat.

Aquesta resolució de l'Audiència, després de tota la doctrina i la resposta judicial als greus problemes que genera el soroll, pot sorprendre si comparem aquesta resolució amb la sentència de l'Audiència Provincial 34/2010, de 15 de febrer (ponent: Joan

del Olmo Gálvez), que ja va ser objecte de crònica i que estava referida a un bar del municipi d'Archena.

En el cas de la discoteca de Lorca també podria entendre's que el naixement del trastorn mental a la víctima amb anterioritat a l'aparició dels nivells màxims permesos de soroll, no exclou la producció de danys psíquics posteriors, i molt menys exclou el perill o risc d'aquests danys i el risc a alterar la qualitat de vida al voltant de la discoteca — imaginem el volum en l'exterior de l'habitatge coneguts els paràmetres del saló privat. Per tot això, de la Sentència en destaquem la contradicció amb la mateixa doctrina al·legada i una mostra més de la necessitat d'una sensibilitat judicial més gran davant de determinats problemes ambientals, que els permeti una interpretació assossegada dels tipus per no deixar sense resposta un conflicte que va més enllà de la víctima que denuncia, com podrem observar en l'epígraf següent.

3. Jurisprudència civil en matèria de contaminació acústica

En l'àmbit civil també ens trobem amb assumptes que tenen a veure amb la contaminació acústica, fenomen que, pel potencial nociu i la freqüència en els nostres municipis, es converteix en el màxim protagonista de l'activitat jurisdiccional en matèria ambiental, en aquest cas també al municipi de Lorca i pel que fa a aquesta discoteca, aquesta vegada demandada per la Comunitat de Propietaris de l'edifici en la jurisdicció privada.

La Sentència de 6 d'octubre de 2010 de l'Audiència Provincial coneix del recurs d'apel·lació interposat contra la del Jutjat de Primera Instància de Lorca que va desestimar les peticions del col·lectiu de propietaris de l'edifici on s'ubicava la discoteca. En la demanda inicial, la Comunitat de Propietaris demanava a més del cessament definitiu de l'activitat, una indemnització quantiosa, l'extinció de l'arrendament a aquesta comunitat i el llançament de l'inquilí, a què el Jutjat de Primera Instància no va accedir perquè considerava que l'acció havia prescrit, ja que la demanda s'havia presentat més d'un any després d'haver notificat l'acord de cessament de l'activitat al propietari de la discoteca.

L'Audiència recorda que l'excepció de prescripció no es pot apreciar d'ofici pels tribunals i que les parts demandes no la van plantejar enfront de l'acció de cessament de l'activitat. A més, considera inadequat l'ús de l'institut de la prescripció, ja que davant

d'això entén que són “daños continuados”, ja que es van continuar produint molt temps després d'haver-se presentat la demanda.

Amb relació al fet d'estimar l'acció de cessació que empara l'article 7.2 de la llei de propietat horitzontal, el ponent esmenta la Sentència de 16 de novembre de 2004 del Tribunal Europeu de Drets Humans en un supòsit similar i en què es considerava vulnerat el dret humà a la intimitat, *“posición que vino a acoger el Tribunal Constitucional en sentencia de 23 de febrero de 2004 y auto de 31 de enero de 2005, en las que concluye que el ruido, en la sociedad de nuestros días puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos, habiendo declarado dicho Tribunal que la contaminación acústica afecta al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución”*.

Després de verificar els requisits pel que fa al fet que s'acrediten les molèsties permanents, que es tracta d'incomoditats significatives i superiors a les habituals, al fet que s'hagi practicat el requeriment d'esmena i que aquest no s'hagi esmenat i que hi hagi hagut acord de la junta de propietaris, l'Audiència estima el recurs d'apel·lació.

Per acreditar l'existència de molèsties permanents i greus, la sentència del Jutjat Penal a la qual hem fet referència en l'epígraf anterior utilitza proves testificals, informes del defensor del poble després de disset anys de denúncies, la condició de zona residencial declarada per l'Ajuntament de Lorca com a zona d'especial protecció mediambiental el 2002, sense que el propietari del pub acrediti haver complert les exigències del que disposen les ordenances de 26 de juny de 2006 de l'esmentat Ajuntament, *“habiendo sido reiteradamente sancionado, sin que conste que haya dado cumplimiento a los requerimientos de subsanación pese a tener una licencia con carácter provisional o a las recomendaciones que hizo el Defensor del Pueblo, para lo cual bien podía haber aportado la documentación, que él debía poseer, relativa al cumplimiento de todas las condiciones que le ha ido exigiendo la Administración (como puede ser en el tema del aire acondicionado o a la ampliación del espacio con la construcción de un porche acristalado)”*.

Per tot això, la Sentència de l'Audiència condemna el demandat que cessi definitivament l'activitat i, atesa la reiteració en el temps de la conducta reticent d'Alonso a complir amb la normativa sobre sorolls des de l'any 1991, s'estima

procedent declarar extingits definitivament tots els seus drets relatius al local com era el contracte d'arrendament que tenia concertat així com el seu llançament immediat. Al seu torn, i acudint a jurisprudència menor de l'Audiència Provincial de Guipúscoa, en la Sentència de 8 de gener de 2008, o en Sentència de la Secció 8a de València, declara que *“una vez probada la contaminación acústica en horas intempestivas, los perjuicios no requieren para su apreciación otro criterio que las normas de la lógica y de la experiencia”* i per considerar *“acreditado por la mera existencia de ruidos y vibraciones que perturban el descanso y la vida cotidiana de los vecinos del edificio que conforma la Comunidad actora; ruidos que superan la normativa protectora de medio ambiente y en especial debían evitarse por la declaración de la urbanización de zona de especial protección acústica, y que los demás vecinos no estaban obligados a soportar, se considera prudente cuantificar los mismos en 10.000 euros teniendo en cuenta que ya se concedió 3.000 euros al vecino de la vivienda superior en el anterior procedimiento penal, la duración prolongada en el tiempo y que el resto de los vecinos tenían una perturbación inferior a la del referido vecino”*.

La via civil mostra una altra possibilitat d'enfrontar el conflicte ambiental, que, en el cas d'aquesta crònica, hem vist reflectit en diferents vies jurisdiccionals, com ara el procediment especial de drets fonamentals en l'àmbit contenciós, el delictes ambiental o l'acció de cessació i les derivades de la llei de propietat horitzontal en el dret privat, fet que mostra les possibilitats de defensa del dret a un medi ambient sa i la maduresa que s'assoleix en instàncies judicials.