

**T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/AD  
MURCIA**

SENTENCIA: 00344/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820  
PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5, 3ª PLANTA  
DIR3:J00008051

UP3

N.I.G: 30016 45 3 2015 0100032  
Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000298 /2017  
Sobre: RESPON. PATRIMONIAL DE LA ADMON.  
De D./ña. EXCMO. AYUNTAMIENTO SAN PEDRO DEL PINATAR  
Representación D./Dª. CONCEPCION LOPEZ SANCHEZ  
Contra D./Dª. JOSE MARTINEZ MARTINEZ, ASFALTOS DEL SUESTE S.L.  
Representación D./Dª. ESTEBAN PIÑERO MARIN, DIEGO FRIAS COSTA

ESTEBAN PIÑERO MARIN  
Col. Nº 58 ICPRCT  
**NOTIFICADO**  
**16/05/2018**

**ROLLO DE APELACIÓN núm. 298/2017**  
**SENTENCIA núm. 344/2018**

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

**SECCIÓN SEGUNDA**

compuesta por los Ilmos. Srs.:  
D. Abel Ángel Sáez Doménech  
Presidente  
Dª Leonor Alonso Díaz-Marta  
Dª. Ascensión Martín Sánchez  
Magistradas  
ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A n.º. 344/18**

En Murcia, a diez de mayo de dos mil dieciocho.

En el rollo de apelación n.º. 298/2017 seguido por interposición de recurso de apelación contra la sentencia n.º. 54/17, de 20 de marzo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de CARTAGENA, dictada en el recurso contencioso administrativo 33/2015, tramitado por las normas del proceso ordinario, en el que figuran como parte apelante el Excmo. AYUNTAMIENTO DE SAN PEDRO DEL PINATAR representado por la Procuradora Sra. López Sánchez y asistido del letrado Sr. Egea Villaba y como apelante/coadyuvante ASFALTOS DEL SURESTE SA y como parte apelada



D. JOSÉ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D<sup>a</sup>. ANA PLASENCIA ANDREU, D. JOSÉ URREA SOLANO, D. FRANCISCO GRANDE GRANDE, D<sup>a</sup>. MARÍA DEL CARMEN SÁEZ MARTÍNEZ, D. FRANCISCO PÉREZ ESPINOSA, D. ANTONIO SÁEZ MARTÍNEZ, D. JORGE PUERTAS PIÑERO, D. JOSÉ MARÍA SAURA PARDO, D. MARIANO VILLAESCUSA GALLEGO, D<sup>a</sup>. CARMEN MARÍA SÁEZ PAÑALVER Y D<sup>a</sup>. PALOMA ORTS POVEDA, representados por el Procurador sr. Piñero Marín y asistidos por el letrado Sr. Ruiz Macía y sobre inactividad de la Administración Local; siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Martín Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cartagena, lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada coadyuvante, para que formalizaran su oposición, y de designar Magistrado ponente se remitieron los autos a la Sala, que señaló para que tuviera lugar la votación y fallo el 27 de abril de 2018.

### **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia apelada **estima** el recurso interpuesto frente la inactividad del Ayuntamiento de SAN PEDRO DEL PINATAR ante la reclamación por escrito de 20 de junio de 2013, que le dirigieron los recurrentes en relación a la violación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio que venían sufriendo por inmisiones odoríferas procedentes de una fábrica de asfaltos cercana a sus viviendas sin que el Ayuntamiento haya realizado actividad alguna para evitarlo (inactividad que dio lugar a resolución expresa posterior de la JGL de 2 de agosto de 2013 en la que se desestima la intimación); en la reclamación desestimada, los recurrentes interesaban que el Ayuntamiento adoptara cuantas medidas fueran necesarias para cesar los malos olores que llegaban a sus viviendas (incluido el cese de la actividad que los provoca) interesando, a su vez, la indemnización de 500 euros al mes desde esa reclamación hasta tanto cese la injerencia en los derechos invocados.

*Y la sentencia declara la existencia de una vulneración derecho fundamental a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio de los recurrentes que tiene su origen en la falta de efectividad del Ayuntamiento demandado a la hora de implementar medidas que conduzcan al cese de las inmisiones de cuya certeza no tiene duda alguna desde STJRM nº 898/2010 de 25 de octubre de 2010.*



**-Condena al Exmco. Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar a adoptar inmediatamente cuantas medidas sean necesarias para que cesen los olores procedentes de la fábrica de Asfaltos que llegan a las viviendas de los recurrentes a fin de devolverles el pleno disfrute de los derechos fundamentales anteriormente señalados.**

**-Condena al Exmco. Ayuntamiento de San Pedro del Pinatar a indemnizar a cada uno de los recurrentes con una cantidad mensual de quinientos euros (500'00 €) desde la fecha de presentación de la reclamación.**

Los recurrentes solicitaban: 1. Reconozca la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales citados en demanda, derecho a la intimidad (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2), e igualmente del derecho reconocido en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 2. Que dicha vulneración está provocada por la falta de efectividad del Ayuntamiento, que conociendo la situación, no ha sido capaz de poner remedio alguno, pese a estar obligado a ello, y pese a haber sido ya condenado en otro procedimiento contencioso tras demanda de otros vecinos de la zona. 3. Obligue al Ayuntamiento a adoptar inmediatamente cuantas medidas sean necesarias para que cesen los malos olores que llegan a las viviendas de los recurrentes, incluido el cese de la actividad que los provoca, a fin de devolverles el pleno disfrute de los derechos fundamentales cuya tutela se pide mediante este procedimiento. 4. Condene al Ayuntamiento a indemnizar a cada uno de los recurrentes con una cantidad mensual de quinientos euros (500'00 €) desde la fecha de presentación de la demanda. Y condena en costas.

**Alegaba la recurrente:** vulneración de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.2 de la CE-1978; cita Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 119/2001; Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia de 25 de octubre de 2010 n° 898/2010 así como la posterior en ejecución de la misma de fecha 9 de diciembre de 2014.

El Juzgador tras narrar de forma exhaustiva, el iter del proceso desde la reclamación de 20-junio de 2013. Señala: Respecto de la desviación procesal se observa que el petitum del escrito de reclamación presentado ante el Ayuntamiento el 26 de junio de 2013 (fechado el 20 de junio de 2013) -folios 1 a 4 del EA- coincide sustancialmente con lo interesado en demanda; no existe pues desviación entre lo solicitado en vía administrativa y los interesados en vía judicial.

En relación a la falta de existencia de expediente de responsabilidad patrimonial previo que justifique el pago de cantidades en tal concepto tampoco puede prosperar; desde el escrito de intimación de 20 de junio de 2013 ya se interesaban 500 euros mensuales por afectado en tanto el Ayuntamiento no consiguiera cesar con los olores procedentes de la fábrica de asfaltos que llegaban a



sus viviendas; además, en la demanda se interesa el pago de una cantidad mensual en tanto el Ayuntamiento no cese con la inmisión de olores de que dicen ser víctimas y que según los mismos (citando Sentencia firme en relación a vecinos del mismo lugar) vulnera su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad; además, tal y como cita el Letrado de los recurrentes en su escrito de conclusiones es reiterada la Jurisprudencia de nuestra Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que señala que en tanto no cese la intromisión ilegítima en virtud de los principios economía, celeridad y eficacia no hay obstáculo para que se formule la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios en la propia vía contenciosa, ya que la LJCA permite la solicitud sin necesidad de que la petición se haya formulado previamente en la vía administrativa como medida de restablecimiento de la situación jurídica individualizada (artículo 31 LJCA).

Alega el Letrado consistorial falta de claridad en cuanto al objeto impugnatorio; tampoco puede prosperar pues los recurrentes interesan de forma clara la falta de efectividad del Ayuntamiento frente a una situación conocida (no en vano ha sido condenado en sentencia firme respecto de otros vecinos que se encuentran en la misma situación), su negativa en relación a sus competencias para evitar tales inmisiones lesivas para los derechos fundamentales de los vecinos, y resumidamente su inactividad ha conllevado, al parecer de los recurrentes, a la continua violación de sus derechos fundamentales; esto es, intimada la Administración local por escrito de 20 de junio de 2013 desestimó la misma por Acuerdo de 2 de agosto de 2013 en el que desestima la peticiones de los recurrentes (negando por tanto su inactividad, sus consecuencias, e incluso su competencia para solucionar los problemas que le fueron planteados).

#### TERCERO.- Fondo de la pretensión.

Los recurrentes apoyan su pretensión en los informes del Sr. Cid Montañes así como en los fundamentos de la Sentencia 898/2010 de 25 de octubre del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia que respecto de dos vecinos (que viven en el mismo núcleo poblacional que los recurrentes, incluso más lejos de la fábrica de asfaltos que varios de los recurrentes de este procedimiento) declaró la violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad de los mismos por los olores a asfalto que llegan a sus viviendas desde la fábrica de Asfaltos del Sureste S.A. condenando al Consistorio demandado a que adopte medidas necesarias para el cese de esa intromisión en sus derechos, acordando que en tanto no cese la misma deberá abonar 500 euros mensuales como indemnización.

#### Análisis de la prueba practicada.

Las manifestaciones e informes del Jefe de los Servicios Técnicos Municipales (Sr. Henarejos Albaladejo) se basan en la descripción del funcionamiento de la planta; preguntado sobre si percibió olores en sus visitas manifestó que no utilizó nunca el olfatómetro, pero que a él también le habían calibrado el olfato, si bien ni recordaba exactamente quién lo hizo ("la misma empresa que nos vendió el olfatómetro"), ni cuándo, ni cómo, ni aportó certificado de calibración alguno. En cuanto a las medidas implantadas por la fábrica a que hace referencia en sus informes (las placas de gel como los generadores de ozono) reconoció que fueron desechados por la propia empresa por no resultar efectivos. El Sr. Henarejos concluyó afirmando que lo que podía asentar sin temor a equivocarse es que ahora olía menos que antes en la fábrica; en este punto la defensa jurídica de los ejecutantes le dijo, sin que contestara ni lo negara, que el mismo siempre había negado que hubiera olor relevante proveniente de la fábrica por lo que difícilmente podía ahora oler menos que antes. También extrañó a este juzgador que después de explicar las medidas implementadas por la empresa de asfaltos como las placas de gel, los generadores de ozono, etc...reconoció que las puertas de la fábrica suelen estar abiertas para airear el ambiente. Por otro lado, apuntó el Jefe de los Servicios Técnicos la posibilidad de que los vecinos estuvieran confundiendo el olor a quemados de plásticos con el olor a asfaltos, a pesar de que en las mediciones del propio Ayuntamiento se hace constar que un olor y otro son perfectamente diferenciables, y no explicar tan siquiera con en qué lugares del municipio tenía conocimiento de que se realizaran quemados ni de qué.

D<sup>a</sup>. Ana María Garzón Hidalgo (contratada por el Ayuntamiento demandado) explicó que el aparato utilizó para sus mediciones así como la normativa en la que se apoyaba (normativa catalana), utilizando una botella de aire comprimido y una mascarilla junto al olfatómetro; explicó como antes de salir miraba en las páginas de web del tiempo las condiciones meteorológicas; reconoció que las mediciones (de mañana, tarde y noche) no siempre se hacían en los lugares donde, por la sentido del viento, podían dirigirse las emisiones desde la fábrica de asfaltos.

Por parte de D<sup>a</sup>. Eva María Pagán Samper (funcionaria que sustituyó a D<sup>a</sup>. Ana María Garzón Hidalgo al término de su contrato) explicó que su experiencia práctica consistía en once mediciones realizadas entre el 13 y el 30 de septiembre de 2016, y que su conocimiento teórico consiste en lo que le enseñó el representante de la empresa que vendió al Ayuntamiento el olfatómetro en una mañana;



explicó que siguió haciendo lo que hacía con antelación la Sra. Garzón Hidalgo (cuando terminó el contrato de aquélla), y que lo hizo en la misma forma que lo venía haciendo su antecesora; también manifestó que no podría asegurar que todas las mediciones, ni cuantas fueron con viento en contra proveniente desde la fábrica.

Fue reconocido por la Sra. Garzón Hidalgo:

1. Que la misma empresa que les vendió el aparato les calibró el olfato (a ella y a los otros dos peritos del Ayuntamiento, aunque ninguno de ellos aportó ese certificado de calibración), y les enseñó a manejar el olfatómetro (todo ello en una mañana), sin que hubiera tenido experiencia previa con el manejo de este tipo de aparatos ni con protocolos de medición de olores.
2. Que la experiencia en el manejo del aparato y la familiaridad con la materia era de vital importancia a la hora de realizar un buen trabajo en este sentido.
3. Que el aparato no se había mandado a calibrar en ningún momento, y que entendía que vendría calibrado ya de fábrica.
4. Que consultaba las condiciones meteorológicas antes de salir a hacer las mediciones en una aplicación del teléfono móvil o bien en el ordenador en páginas web de meteorología de uso habitual que ofrecen los datos de las estaciones meteorológicas de distintas poblaciones no del sitio concreto ni en el momento exacto en que se hicieron las mediciones. Sorprendió a este juzgador que en una ocasión, según refirió, midió en una calle que estaba siendo asfaltada en ese momento (23 de julio de 2014) e hizo constar en su informe 1441 unidades de olor, y que preguntada por dicho episodio dijera, tras dudarle, que era un olor “que podía considerarse molesto” y no muy molesto. Preguntada por los valores de referencia que utilizaba para estimar la intensidad del olor, dijo que “la empresa nos dio unas tablas numéricas” que no se han aportado a los autos y no supo explicar en qué consistían. Preguntada por qué era una unidad europea de olor, y por el resultado de la calibración de su olfato al objeto de poder homogeneizar resultados de modo que sean comparables, dijo desconocerlo.

En realidad las dos peritos no emitieron informe alguno como tal, con antecedentes, justificación de metodología, conclusiones..., sino que se limitaron a realizar una serie de mediciones que carecen de valor alguno por no ser más que una serie de datos inconexos que recogen la situación de momentos puntuales (no son medias de mediciones durante una hora o media hora, sino mediciones únicas) y que no se pueden comparar con nada porque no se nos ha dicho qué parámetros se siguen para valorar los resultados.

Frente a lo informado por los Técnicos Municipales el perito de los actores (Sr. Cid Montañés) explicó su importante formación en materia de captación, medición y catalogación de olores (ya declarada en Sentencia 898/2010 del TSJRM y por el mismo órgano judicial en Sentencias de ejecución de la antedicha), así como los informes emitidos por el mismo en fecha 17 de enero de 2014 y 29 de febrero de 2016; en base a los mismos entiendo probada la existencia de los olores, y el cómo la combinación de los factores de frecuencia, intensidad, duración y ofensividad los hace intolerables en el domicilio de los actores, probando la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se pretende y que fue declarada en la Sentencia aportada respecto de los vecinos de los mismos Sra. Madrid Martínez y Sr. Sánchez Pardo. Por último, recordar que en todos los informes el perito afirma que existe una técnica adecuada para acabar con los olores, que es la oxidación térmica. Y estima el recurso.

**La parte apelante** motiva el recurso: tras efectuar una crítica de la sentencia, en:

- Imprudencia de la extensión de la sentencia nº898/2010, de 25-10 del TSJM- Sección 2ª.
  - Déficit probatorio. Indebida indemnización.
  - Desviación procesal, con cita de jurisprudencia
  - Formulación simultánea de un recurso de reposición y del recurso contencioso-administrativo.
  - Determinación de las medidas.
- Y solicita se estime el recurso.



**La apelante/coadyuvante** ASFALTOS DEL SURESTE SA, se persona y muestra parte. Acompaña una resolución de la Dirección General de Medio Ambiente de la CARM en el expediente AAUU20110115 de fecha 10-07-2017, por el que se concede Autorización ambiental única. (resolución posterior a la sentencia apelada). Y que, en todo caso, acreditaría que no la tenía hasta esa fecha.

**La parte apelada** se opone al recurso mantiene la conformidad d derecho de la sentencia, y rechaza de forma individualizada los argumentos de la Administración local apelante.  
Y solicita se desestime el recurso.

**SEGUNDO.-** Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, en todo lo que no se oponga expresamente a la presente resolución.

Es sabido que el recurso de apelación debe contener una crítica de la sentencia apelada.

La SALA considera que debe confirmarse la sentencia de instancia por sus propios fundamentos, reiteramos por motivación de referencia, los argumentos del Juzgador de instancia en cuanto a la desviación procesal *“se observa que el petitum del escrito de reclamación presentado ante el Ayuntamiento el 26 de junio de 2013 (fecha el 20 de junio de 2013) –folios 1 a 4 del EA- coincide sustancialmente con lo interesado en demanda; no existe pues desviación entre lo solicitado en vía administrativa y los interesado en vía judicial. Y en cuanto a la existencia de procedimiento de responsabilidad patrimonial, lo que permite el art. 31 LJCA.*

Y así lo ha señalado esta SALA y Sección en otras sentencias como la nº 265/18 de 9 de abril, en el RA 279/17, en la que se decía: Y en este sentido la STS de 3 noviembre de 2017, como recordó la Sentencia de 12 de noviembre de 2002, recurso de casación 476/1998 "Son numerosas las sentencias de esta Sala (2 de febrero de 1988, 3 de abril y 13 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991, 17 de mayo de 1996 y, últimamente, de 23 de abril de 2002 ) que acceden a pretensiones como la que aquí se formula. En virtud de los principios de economía, celeridad y eficacia, no hay obstáculo para que se formulen tales pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios en la propia vía contenciosa, ya que la Ley jurisdiccional permite la solicitud sin necesidad de que la petición se haya formulado previamente en la vía administrativa, como medida de restablecimiento de la situación jurídica individualizada ( artículo 42 "in fine" de la LJCA de 1956 y **31 de la Ley 29/1998, de 13 de julio**, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa)". Y en el Fundamento Segundo de la Sentencia de 15 de abril de 2008, recurso de casación 10956/2004 se dijo que " cuando se trata de la pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, como la indemnización de daños y perjuicios, tanto el art. 42 de la Ley de Jurisdicción de 1956, como el art. 31.2 de la actual Ley 29/1998, de 13 de



julio, reguladora de esta Jurisdicción, permiten su formulación en la demanda anudada a la declaración de nulidad de la actuación impugnada, sin necesidad de esa previo planteamiento ante la Administración. Más concretamente y como señala la sentencia de 22 de septiembre de 2003, "la solicitud de indemnización de los daños y perjuicios constituye una pretensión singularizada, **en la LJCA por un régimen especial**, conforme al cual puede interesarse, desde el principio, en vía administrativa, o puede también acumularse en la vía jurisdiccional tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho. Y ello no sólo en la demanda, como medida adecuada para el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, conforme a los artículos 41, 42 y 44 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (arts. 31.2 y 34 LJCA de 1998), sino incluso incorporando la petición en el momento de la vista o de las conclusiones, según el artículo 79.3 LJ de 1956 (art. 65.3 LJCA de 1998). Posibilidad esta que responde a la concepción que tiene la Ley de la petición de indemnización de daños y perjuicios como una petición adicional de la pretensión de anulación del acto o de cese de la actuación constitutiva de vía de hecho.

La SALA considera que no existe una extensión de efectos de la sentencia firme nº 898/2010 de 25 de octubre, pero es de citar por cuanto, es un caso idéntico, con un criterio jurídico, que se debe mantener en lo coincidente, con el presente recurso, por congruencia y seguridad jurídica y es un documento público.

Para resolver la cuestión de fondo planteada procede partir de las premisas legales y jurisprudenciales algunas de las cuales cita la sentencia apelada, como son que la Constitución Española, en su art. 106.2, reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Dicha previsión constitucional, como ha señalado múltiple jurisprudencia, vino a hacerse realidad a través de la Ley 30/1992, en los arts. 139 y siguientes, al sentar el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y que se trate de lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según puntualiza la expresada Ley en su art. 139.2.

Además, el art. 54 de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece la responsabilidad directa de las Entidades Locales por los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los



servicios públicos, remitiéndose a lo dispuesto en la legislación general sobre responsabilidad administrativa, que viene constituida por los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92.

Señala el Tribunal Supremo entre otras muchas más recientes, en la sentencia de 11 de febrero de 1991, que para el éxito de la acción de responsabilidad, reconocida al más alto nivel normativo en el art. 106.2 de la C.E., se precisa, según constante jurisprudencia: a) la efectiva realidad de un daño evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa efecto, sin intervenciones extrañas que alteren el nexo causal; y c) que no se haya producido fuerza mayor.

Según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable (S.T.S. de 5 de junio de 1.997, Pte. Sr. Xiol).

Es evidente, por otro lado, que hechos como los denunciados vulneran los derechos fundamentales alegados por los actores. En este sentido se ha pronunciado la Sala en varias ocasiones. Así lo dijimos en la sentencia en la sentencia 774/01, de 29 de octubre respecto a la vulneración del art. 18 de la C.E. por la causación de ruidos por los púbs sitios en determinada zona de Cabo de Palos. En el mismo sentido se ha pronunciado en sentencia 994/06, de 1 de diciembre, en el que se discutía la procedencia de la responsabilidad patrimonial de otro Ayuntamiento por los ruidos, malos olores y molestias procedentes de la depuradora de efluentes líquidos de industrias del curtido. Cabe citar asimismo la sentencia 82/2007, de 16 de febrero, en la que la Sala recogía la misma doctrina sentada en las anteriores y condenaba al Ayuntamiento a adoptar las medidas necesarias para evitar las molestias originadas a los vecinos por los ruidos e infracción del horario de cierre procedentes de los púbs existentes en la calle Santiago de Cieza. Por último, también la Sala mantuvo el mismo criterio en la sentencia 260/07, de 29 de marzo en relación con las medidas correctoras que debían adoptarse por el exceso de ruido producido por un local de Jumilla (insonorización) y exigencia



de respeto del horario de cierre. En la misma se condenaba al Ayuntamiento a adoptar las medidas necesarias para evitar las molestias originadas a los vecinos, y en concreto a la actora por los ruidos, vibraciones e infracción del horario de cierre del establecimiento en cuestión.

En dichas sentencias se decía que "El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio de acuerdo con las sentencias invocadas por la parte actora, incluida la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, supone el respeto de un amplio abanico de garantías y de facultades, en las que se comprende la de vedar toda clase de invasiones en el domicilio, no solo las que suponen una penetración directa física, sino también las que pueden hacerse de forma indirecta mediante aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos, mediante la producción de ruidos e incluso mediante la emisión de malos olores que perturben la vida privada de las personas en ese recinto que constituye su domicilio, el cual debe quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones externas de otras personas o de las autoridades públicas (S. 22/84, de 17-2). A tales efectos el concepto de domicilio que debe tenerse en cuenta, según la jurisprudencia constitucional es más amplio del definido como tal por el art. 40 del Código Civil (punto de localización de una persona o lugar de ejercicio por esta de sus derechos u obligaciones). La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona (STC 22/84, de 17 de febrero). Se trata de defender el ámbito de privacidad de la persona dentro del ámbito limitado que la propia persona elige. De ahí que a los efectos aquí discutidos, se estime irrelevante que las viviendas de los actores (aunque en alguno caso sean su segunda residencia) estén ubicadas en suelo no urbanizable (zona NU-II: regadíos del Tránsito), no susceptible de urbanización, ni de formación de núcleos residenciales, escogido por el Ayuntamiento precisamente debido a esta circunstancia, ya que si constituyen su domicilio es evidente que cualquier intromisión en el mismo, en los términos antes señalados, puede violar el art. 18 C.E. Así lo demuestra el hecho notorio de 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 (art. 18 C.E.)".

Y en este caso, la vulneración de los derechos fundamentales de los recurrentes por los olores a asfalto que llegan a sus viviendas desde la fábrica de Asfaltos del Sureste S.A., es una cuestión probatoria. Y en este sentido se ha pronunciado esta SALA y Sección en numerosas sentencias entre otras la nº 237/11 de 25-03; 536/12 de 28-05; 439/13 de 31-05; 827/13 de 13-10; 99/15 de 16-02.

Y el Juzgador analiza de forma minuciosa y rigurosa la prueba practicada en la inmediación que le es propia, que no se ha acreditado que sea errónea o arbitraria, en especial la del perito de los actores (Sr. Cid Montañés) *explicó su importante formación en materia de captación, medición y catalogación de olores (ya declarada en Sentencia 898/2010 del TSJRM y por el mismo órgano judicial en Sentencias de ejecución de la antedicha), así*



*como los informes emitidos por el mismo en fecha 17 de enero de 2014 y 29 de febrero de 2016; en base a los mismos entiendo probada la existencia de los olores, y el cómo la combinación de los factores de frecuencia, intensidad, duración y ofensividad los hace intolerables en el domicilio de los actores, probando la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se pretende y que fue declarada en la Sentencia aportada respecto de los vecinos de los mismos Sra. Madrid Martínez y Sr. Sánchez Pardo, ni en esta segunda instancia se haya desvirtuado por prueba alguna.*

Y no puede alegar la apelante déficit probatorio, cuando pudo proponer otros medios a su instancia, ni que sea indebida la indemnización, que fue solicitada tanto en vía administrativa como judicial. Ni que no se concreten las medidas que deben adoptarse por la Administración Local, para que cesen los olores, que superen los límites permitidos, por cuanto serán las que estimen necesarias y oportunas.

**TERCERO.-** Lo anterior concluye en la desestimación del recurso de apelación y con expresa condena en las costas de esta instancia al apelante. (art. 139,2 de la Ley Jurisdiccional).

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

### **F A L L A M O S**

DESESTIMAR el recurso de apelación nº. 298/2017 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SAN PEDRO DEL PINATAR contra la sentencia nº. 54/17, de 20 de marzo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de CARTAGENA, dictada en el recurso contencioso administrativo 33/2015, sentencia que se confirma íntegramente; y con expresa condena en costas de esta instancia al apelante.

La presente sentencia solo será susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el artículo 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el artículo 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el artículo 86.3 podrá interponerse, en su caso, recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

