

**Artículo de D. Joaquín José Herrera del Rey, Abogado sevillano compañero de la Asociación Juristas contra el Ruido, que pone el dedo en la llaga de la complicada lucha por el derecho del ciudadano ordinario frente al ruido. En nuestro despacho compartimos muchos aspectos de la visión de nuestro compañero y en consecuencia, por su interés, añadimos su artículo a nuestra sección.**



**AÑO XXVI. Número 6212. Jueves, 17 de marzo de 2005**

## Tribuna

### INMISIONES: ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

**Por JOAQUÍN JOSÉ HERRERA DEL REY  
Abogado**

El profesor COSSÍO decía que nadie es capaz de prestar atención más de 20 minutos; intentaré ser escueto: el artículo llevará escaso tiempo para leerlo.

Soy de la vieja escuela, y digo de entrada que tengo el máximo respeto hacia la actividad judicial. Sé de su sentir de la justicia, sé de lo que sufren y, como sabiamente me dijeron una vez, el 50% de las personas que nos reclaman creen que nos equivocamos al quitarles la razón. Tengo verdadera admiración y acatamiento hacia los jueces, lo cual no significa que no deba propugnar que la jurisprudencia se deba de atemperar a la realidad social. Los abogados sabemos lo que padecen los jueces.

Un estudio realizado por la Asociación Española contra el cáncer en abril del 2004 equipara antenas de telefonía a enfermedad. Incluso en Valladolid un Juzgado de Instrucción a petición de la Fiscalía ordenó la retirada de varias antenas de telefonía móvil en la cercanía de un Colegio. Varios defensores del pueblo han recomendado distancias al menos de 500 metros a zonas residenciales.

Más de la mitad de los españoles (52,3%) denuncia también que la contaminación acústica es el principal problema de su vivienda, en un estudio privado realizado en el 2004. Las peores ciudades son Valencia y Sevilla (Informe de la Vivienda 2004, elaborado por BPB Iberplaco).

En una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística en el 2001, el 30% de los ciudadanos indicaban que sus viviendas tenían problemas de ruidos exteriores. Madrid (36,5%), Barcelona (41,9%), Bilbao (38,1), Granada (42,8), Melilla (46,8%) y Sevilla el (44,1%).

Los temas medioambientales preocupan seriamente a la población. ¿Estamos preparados jurídicamente para afrontarlos?

España es el único país condenado dos veces por el TEDH por problemas de inmisiones --y además en ambos en temas de relaciones de vecindad (Pilar Moreno y Gregoria López Ostra)--; Inglaterra tiene otra condena, después dulcificada, pero por un tema de aeropuertos, que es mucho más de altos vuelos, más industrial y económico. Y Rumania por un asunto de estiércol.

## INMISIONES: ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

Ello significa varias cosas:

1) Que los Tribunales españoles son bastante insensibles a los problemas de inmisiones y para conseguir la Justicia se han tenido que ir fuera de España.

2) Me pregunto cuántos casos se habrán quedado sin justicia en la cuneta, por falta de medios económicos a instancias superiores que ha impedido su persistencia y conllevado su desgaste moral psíquico y económico.

3) El principio del que contamina paga es rotundamente irreal en nuestro país (autonomías unidas por cadenas de grandes almacenes). En España reina, si acaso, y como mucho, el principio jurídico si pago contamina, y toma el dinero y corre.

4) Ambas sentencias fundadas en la infracción del art. 8 del Convenio de Derechos Humanos:

*Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

5) La primera sentencia es de 1994 y la segunda es de noviembre del 2004. La cosas siguen igual o peor diez años después. Falta sensibilidad de la Administración, y judicial ante el clamor vecinal. Falta volver al sistema de fuentes (Ley, costumbre y principios generales del Derecho que tienen el doble carácter de integrar e informar dicho sistema de fuentes) y a la interpretación conforme a la realidad social de las normas.

6) Antes los ayuntamientos iban contra las actividades. Ahora han dejado a su suerte a los vecinos y son éstos los que van contra los ayuntamientos. Los pleitos no son ayuntamientos contra actividades incumplidoras sino vecinos contra ayuntamientos (increíble pero cierto) o vecino contra actividades. Los ayuntamientos defienden denodadamente sus actos pro apertura olvidándose y pasando olímpicamente del medio ambiente (es como un concepto eufemístico, políticamente sin contenido real).

La posición jurídica es más débil en todos los sentidos. No es lo mismo que el demandante sea una Administración que unos vecinos. Incluso, dicho sea con todos los respetos a los jueces, les cuesta más trabajo dar una sentencia contra la Administración. Es como jugar en campo ajeno y con la afición (normas) en contra.

«El insensato» que esté dispuesto en meterse en un pleito por problemas de inmisiones tiene varias vías:

\* La vía penal residual.

Hay pocas condenas en España. Sólo si uds. pretenden conseguir documentación. No hay una falta que recoja nuestra realidad. Esto es Derecho ficción. Y las pruebas con gaseosa y no con personas. Personalmente soy objetor de esta vía.

\* Vía civil

-- La acción negatoria en atención al preventivo art. 590 del CC.

No es necesaria una colindancia inmediata. Hoy no hay problemas de linderos y «las inmisiones a mi ordenador llegan desde muy lejos». En concepto de vecindad es sin duda más amplio. Hay una consolidadísima jurisprudencia en esta materia combinando el art. 590 con el 1908.2 y 4 incluso con el 305 de la Ley del Suelo 6/1998. Como ejemplo la Sentencia de la AP de Segovia de 28 de septiembre de 1993 ratificada por el Supremo el 30 de mayo de 1997.

-- El art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal y la LAU.

Los interdictos de obra nueva y de obra ruinoso y de retener y recobrar la posesión

## INMISIONES: ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

En Cataluña la Ley Catalana de acción negatoria de inmisiones (Ley 13/1990) y en Navarra su Fuero Nuevo.

*Recordar la famosa sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 de la que fue Ponente D. José CASTÁN TOBEÑAS (antes de que existiera el art. 7 CC)*

Considera esta sentencia que la teoría del abuso del Derecho tiene tres elementos fundamentales o esenciales:

1. Uso de un derecho, objetiva o externamente legal.
2. Daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y
3. Inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) *o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho como incumplimiento de resoluciones administrativas)*

Por último las normas sobre responsabilidad extracontractual, contractual, los vicios y saneamientos en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación. Las pruebas de los aislamientos mandarán y serán contradictorias y caras. Mucho me temo que el Código técnico de edificación siga sin pedir comprobaciones *in situ* como requisito previo y *sine que non*, antes de entregar las edificaciones.

*Inconvenientes:*

1. Costas criterio del vencimiento. ¿Quién, el poderoso económicamente? ¿Quién desgastará a quién? ¿Quién presentará mejores periciales? ¿Quién es David y quién Goliat? Hemos pasado de un Código Civil teóricamente burgués a un Derecho técnico y económico de desgaste del más débil. De un Derecho procesal que servía al material, a un Derecho procesal obstáculo de la justicia.

2. Necesidad de aplicación de normativa administrativa que los jueces civiles rechazan por su complejidad, y más hoy día, en que el Derecho técnico ha sido realizado por y para las grandes multinacionales europeas de la ingeniería y de obligatoria aplicación por las Directivas. Las ingenierías harán los mapas de inmisiones, es muy importantes hacer ensayos y estudios. El *neminem laedere* ya no existe. Los principios generales del Derecho y el sistema de fuentes es algo del pasado. Hablar de actividades de riesgo resulta, al parecer, revolucionario. El humanismo y el sentido común han perdido. Los estudios son necesarios y muy importantes, pero un medio de diagnóstico, no un fin en sí mismo. Derecho hecho por técnicos al gusto y dictado de las multinacionales europeas. Derecho que no entienden ni los propios especialistas, no digamos del pueblo llano.

No olvidemos no obstante que las inmisiones y sus causas en España son distintas que en Noruega, eso creo yo.

Tenemos un Código Civil rural para una sociedad de ocio y de inmisiones. Es difícil complicarse la vida y estudiar las normas técnicas, urbanísticas o los planes generales para un puñetero pleito, donde los daños reales no están tan claros. Si en Aznalcóllar no ha pasado nada, ni con el *Prestige*, ni con la presa de Tous, ¿va a pasar en pleitos de inmisiones?

(Y menos con abogados que representan a las partes débiles.)

Los jueces, pese a que a partir de más de 6 decibelios hay un grave perjuicio para la salud, no se enteran de lo que las personas están sufriendo. No perciben el clamor de los ciudadanos. El otro día me invitaban unos vecinos muy agobiados por unas antenas en un barrio popular, y me acordaba del gitano que llevaba a la burra en brazos para venderla cuando hablaba del Derecho y de la Justicia..., y que tenga que hablar bien yo de ti en la feria...

3. Vaya papelón que me ha tocado, dirán los jueces... Váyase a lo contencioso, dirán por su

## INMISIONES: ¿TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

adentro, quizás hasta con cierta razón disculpable. ¿Qué será eso de la onda electromagnética, la glándula pineal o los tonos puros o el acelerómetro?

\* Jurisprudencia Contencioso-Administrativa

### *El problema del acto reglado*

Se está aplicando muy mal la teoría del acto reglado.

El acto reglado no significa que no se pueda entrar a decidir si se han cumplido o no las normas o reglas que marcan para la correcta concesión de una licencia.

Si las normas urbanísticas, medioambientales y de seguridad se han aplicado mal, si no se han estudiado los efectos aditivos o indirectos en el proyecto, si no se ha motivado la denegación de alegaciones, la licencia es incorrecta por incumplimiento de las normas del acto reglado. Los efectos aditivos o acumulativos medioambientales también son reglas que hay que cumplir en el acto reglado comprendidas positivamente en la normativa vigente.

El acto reglado tiene un procedimiento. Las resoluciones tienen que aplicar el Derecho vigente al momento de la resolución.

Yo entiendo que los jueces no se crean que los ayuntamientos funcionan tal mal y dan tan mal las licencias (yo tampoco me lo creería...).

Pero las licencias son un acto administrativo, que pueden revisarse jurisdiccionalmente y la mal entendida teoría del acto reglado no puede ser una excusa de inatacabilidad de las licencias o para no entrar a analizar la sentencia de primera instancia o los argumentos de las partes.

Las licencias no son actos sagrados sino reglados.

Los incumplimientos o extralimitaciones son también criterios decisivos, de lo contrario todo el mundo pediría licencia para mercerías, o bares sin cocina y sin música y pondría tablaos flamencos, ya que por mucho que incumpla, o me extralimite en mi licencia, no me la van a quitar (actividades que abren con años de anticipación a tener la licencia y las medidas correctoras dictadas por los ayuntamientos son inútiles).

Indicar a los vecinos que los ayuntamientos los tutelarán ante reiterados incumplimientos debe ser que el juzgador vive en otra galaxia.

Declaran dos sentencias de fecha 23 de abril de 1991: nadie puede poner en duda que una licencia de apertura, en cuanto tal licencia, es un *acto reglado* en que se reconoce al administrado el derecho a hacer algo que se *encuentra dentro de los límites del ordenamiento jurídico*.

Las licencias municipales no son *actos* discrecionales, sino *reglados*; y no sólo es *reglado* el *acto* de la concesión, *sino también el contenido del mismo*, pues la licencia, como técnica de control con una determinada normativa, no puede desnaturalizarse y convertirse en medio de conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objetivo distinto, y, en tal sentido, la licencia debe ser concedida o denegada *en función de la legalidad vigente*, sin que puedan exigirse otros requisitos ni condicionamientos distintos de los que aparezcan *autorizados por dicha legalidad* (cfr. TS SS 3 de marzo de 1975, 19 de enero de 1976, 19 de junio de 1979, 10 de enero de 1980 y 14 de mayo y 15 de junio de 1981).

Ello no significa que los principios de participación ciudadana, de audiencia y de protección de medio ambiente, seguridad y fundamentalmente urbanísticos que precisamente protegen esas reglas, sean olvidados y obviados.

Todo ello, por supuesto, antes de la Ley del Ruido (vigente desde noviembre del 2003) que sanciona ya con revocación de licencia por incumplimientos o extralimitaciones (1).

En Madrid hay una plaza llamada de la Memoria vinculante, ya que los vecinos consiguieron la plaza dado que la memoria urbanística fue vinculante. Como las cosas sigan así en España

tendremos muchas actividades que tendremos que llamar del acto reglado. Gimnasio del acto reglado... no queda mal..., pero pidió licencia para una papelería.

Otras afirmaciones que nos suenan vacías ante la contundencia de expedientes disciplinarios sin tutela administrativa efectiva son: el problema de la presunción de legalidad de los actos administrativos. La necesidad de un acto administrativo para recurrir o de ser una jurisdicción revisora y no tuteladora (qué ligereza la mía). Y el problema de la ejecución de las sentencias. Donde al final las administraciones les darán la vuelta y las cosas seguirán igual, incluso a pesar de las sentencias. La Administración hace lo que puede, me dijeron una vez ante catorce actos administrativos de cierre que no se habían ejecutado (eran todos virtuales).

Hay que recordar el principio de motivación de los actos administrativos, el de coordinación de los departamentos de licencia y de disciplina y de personalidad jurídica única, y servicio a los ciudadanos.

No tutelar ante licencias, arrojando a los vecinos a expedientes disciplinarios que sabemos sobradamente ineficaces, nos parece sencillamente una crueldad.

Las normas deben de subordinarse teleológicamente de los valores patrimoniales a los personales. No creo en la afirmación de un político cabezón, que decía que la Justicia es un cachondeo pero, como diría GOETHE poniéndolo en la boca de Mefistófeles, «*Hemos heredado el derecho y las leyes como un mal eterno*». Quizás anarquía sea libertad, o quizás todos debemos estudiar más para saber interpretar y aplicar el Derecho con equidad. *Summum ius summa iniuria (Iam tritum sermone proverbium. Summun ius summa crux* (STS 29 de enero, 7 de octubre de 1986, 29 de diciembre de 1987, 19 de diciembre de 1990, 18 de marzo de 1991, entre otras cuantas).

(1) «Comentarios a la Ley 37/2003, del ruido, y al nuevo marco de protección frente a la contaminación acústica», por Joaquín MARTÍ MARTÍ. Abogado. Profesor colaborador de Derecho Civil. Universidad de Barcelona. *Diario LA LEY*, núm. 5970, Año XXV, 8 de marzo de 2004, ref.<sup>a</sup> D-57. Suscribo íntegramente las críticas de Joaquín a dicha Ley así como la de mis compañeros de «Juristas contra el ruido», Luis GALLARDO, Jorge PINEDO, Andrés MOREY y un largo etcétera.