

Roj: STSJ PV 2569/2011
Id Cendoj: 48020330022011100321
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Bilbao
Sección: 2
Nº de Recurso: 803/2009
Nº de Resolución: 412/2011
Procedimiento: Recurso apelación Ley 98
Ponente: ANGEL RUIZ RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 803/09

SENTENCIA NUMERO 412/2011

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a ocho de junio de dos mil once.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia 40/2009, de 20 de febrero de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, por la que, al estimar el recurso nº 388/05 seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario, a instancias de la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 18 de marzo de 2005, en la que se instaba el traslado de las canchas de baloncesto instaladas en la fachada trasera, declaró la anulabilidad de la resolución presunta recurrida, por su disconformidad al ordenamiento jurídico, y ordenó al Ayuntamiento de Bilbao desmontar los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva mientras adopta alguna o algunas de las medidas enumeradas en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, que aseguren el uso de las canchas de baloncesto por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente.

Son parte:

- **APELANTE** : Ayuntamiento de Bilbao, representado por el Procurador don Gonzalo Aróstegui Gómez y dirigido por el Letrado don Ángel Zurita Laguna.

- **APELADA** : Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 sito en el nº NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, representada por la Procuradora doña Begoña Urizar Arancibia y dirigida por el Letrado Sr. de Vicente Unzaga.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don ÁNGEL RUIZ RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por el Ayuntamiento de Bilbao recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que se anule la sentencia apelada, se dicte otra por la que se desestime el recurso contencioso-administrativo, y se impongan las costas a la contraparte.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 , de Bilbao, en fecha 5 de mayo de 2009 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que declare no haber lugar al recurso de apelación formulado por la Administración demandada, y confirme la sentencia recurrida en sus propios términos, y, en su caso de ser viable a la luz de lo previsto en el *art. 85.4 de la Ley Jurisdiccional* , manteniendo dicho pronunciamiento su sentido estimatorio lo ratifique apreciando igualmente en la actuación administrativa impugnada la concurrencia de un vicio de nulidad absoluta, con imposición de costas a la apelante.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente. Por auto de fecha 22 de junio de 2010 se acordó denegar el recibimiento a prueba en los términos interesados por el Ayuntamiento de Bilbao, quedando los autos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo, siendo el 7 de junio de 2011 cuando tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

El Ayuntamiento de Bilbao recurre en apelación la sentencia 40/2009, de 20 de febrero de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, por la que, al estimar el recurso nº 388/05 seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario, a instancias de la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 18 de marzo de 2005, en la que se instaba el traslado de las canchas de baloncesto instaladas en la fachada trasera, declaró la anulabilidad de la resolución presunta recurrida, por su disconformidad al ordenamiento jurídico, y ordenó al Ayuntamiento de Bilbao desmontar los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva mientras adopta alguna o algunas de las medidas enumeradas en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, que aseguren el uso de las canchas de baloncesto por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Identifica la actuación presunta recurrida, recoge el planteamiento de la Comunidad de Propietarios demandante, con soporte en los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral del *art. 15* de la Constitución, así como en los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio de su *art. 18.1 y 2* , por lo que concluyó, la demandante, que la resolución presunta recurrida sería nula de pleno derecho en relación con la *causa del art. 62.1 a) de la Ley 30/92* .

Tras ello recoge el planteamiento de la Administración demandada y al entrar en el debate de fondo, plasma que se resolvía un conflicto desatado por el derecho al descanso de los vecinos, en contraposición al derecho al recreo de los bilbaínos en general, para dejar recogido que las canchas de baloncesto ubicadas en el Parque de Doña Casilda de Iturrizar generaban un ruido por encima de lo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente, lo que se consideró hecho incontrovertido, como se desprendería del expediente administrativo, enlazando con el informe del Jefe de Negociado de la Sección Medioambiental del Ayuntamiento de Bilbao de 19 de mayo de 2004 y con el informe pericial aportado con la demanda; también se aludía a inspecciones practicadas por la Subárea de Medio Ambiente,

para considerar que resultaban contradichas por el cúmulo de incidencias recogidas por la Policía Municipal de Bilbao entre las 22:00 y las 06:36 horas durante los años 2003, 2004 y 2005, trayendo a colación, incluso, la inspección efectuada el 10 de junio de 2005 en la que se plasmó la presencia de dos personas jugando a unas canastas a las 23:15 horas.

Concluyó el Juzgado que se estaba ante la práctica intensiva de una actividad recreativo-deportivo que generaba un volumen de ruido que excedía de las previsiones normativas referidas y, en concreto, ante un factor de contaminación acústica.

Tras ello, rechazó que se estuviera ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*, al considerar que se estaba lejos de un supuesto de inactividad administrativa, para plasmar que en el peor de los casos el exceso de ruido acreditado lo era en +5,7 dB(A), por lo que no sería un desbordamiento sonoro y absoluto y manifiestamente desproporcionado e insoportable.

En su fundamento cuarto, en relación con las actuaciones llevadas a cabo por la Administración, se consideró que no podía decirse en el caso que la pretensión del traslado de las canastas, efectuada por la Comunidad recurrente mediante escrito de 9 de julio de 2004, hubiera sido totalmente omitida por la Administración en la vía previa, con remisión a informe del Subdirector de Proyectos y Obras Públicas, donde se recogió que sólo las dos alternativas que se estimaron posibles, la supresión si más o generar dentro de las zonas alguna explanada sacrificando zonas verdes o zonas de paseo que pudieran alojar las pistas de baloncesto, lo que se enlazó con el informe de Bilbao Ría 2000 de 21 de junio de 2005, en el que se concluyó que no resultaba posible la reubicación de las canastas de baloncesto situadas en el Parque de Doña Casilda con la ampliación del parque, que se estaba ejecutando por Bilbao Ría 2000.

También concluyó la sentencia apelada que la titularidad municipal de las canastas le colocaba como garante de la actividad en el orden acústico, lo que estaba fuera de discusión, para recoger que el Ayuntamiento se había planteado y ponderado razonablemente el traslado de las canastas de baloncesto, para señalar que una cosa sería que el Ayuntamiento se planteara razonablemente la imposibilidad del traslado y otra distinta que sin tan siquiera haberse planteado la supresión de la actividad incurriera en reiterado fracaso de las medidas tendentes a minimizar su impacto.

Se recogió que el Parque no estaba diseñado para alojar canchas de baloncesto, refiriendo el fracaso de las medidas consistentes en la prohibición de jugar a partir de las 22:00 horas y en el reforzamiento de la presencia de la Policía Municipal, con remisión al contenido documental de las actuaciones, con lo que se concluyó que el Ayuntamiento no solo había iniciado trámite para el cumplimiento de la Ordenanza, sino que se habría planteado, con referencia a informe, o que se calificó de tímidamente la posibilidad de adoptar soluciones técnicas alternativas con referencia a instalación de canastas retráctiles.

Con ello concluyó la sentencia apelada que, por un lado, las canastas de baloncesto en el Parque de Doña Casilda Iturrizar constituía un factor de contaminación acústica, por otro, el Ayuntamiento había desarrollado una actividad insuficiente en función de garante, al no haber puesto en marcha ninguna solución ajena al traslado de las canastas y ello en relación con el contenido del expediente por lo que con consideraciones complementarias se consideró que se estaba ante un supuesto de anulabilidad del *art. 63.1 de la Ley 30/92*, en relación con al resolución presunta recurrida y ello en relación con las alternativas posibles.

El fundamento quinto de la sentencia apelada se dedica a analizar el informe pericial del Ingeniero Industrial don Luis Enrique, en relación con el catálogo de posibles soluciones técnicas que podía adoptar la Administración para aminorar el impacto de la emisión sonora, consecuencia de la práctica del baloncesto, y para que quedara por debajo de los umbrales permitidos por la norma, trasladando las cuatro siguientes: el desplazamiento de las canchas; la ejecución de un pavimento absorbente; la ejecución de pantallas acústicas y, en cuarto lugar, la ejecución de una edificación que albergara las canastas de baloncesto.

Se consideraron viables la segunda y la tercera, ejecución de un pavimento absorbente y la ejecución de pantallas acústicas, incluso se calificó como preferente la última, aunque se consideró más efectiva y preferible la implementación de medidas de orden mixto, la ejecución de un pavimento absorbente en concurrencia con la ejecución de pantallas acústicas, para remitir a la Administración a la justificación adecuada y suficientemente de la elección por unas u otras soluciones técnicas, así como para la demostración de su eficacia.

La sentencia concluye con remisión a las medidas a adoptar para evitar las perturbaciones de la

contaminación acústica, en tanto en cuanto el Ayuntamiento implemente alguna o algunas de las soluciones referidas, para precisar que la solución debía adoptarse partiendo de las consideraciones ya vertidas en el expediente; para ello se trajo a colación el informe del Subdirector de Proyectos y Obras Públicas, en el que se recogía la desconfianza con la solución de las canastas retráctiles y con cualquier otro sistema que pudiera anular la posibilidad de juego a partir de las 22:00 horas, por lo que para el Juzgador de instancia la única posibilidad existente, para evitar la práctica del baloncesto, pasaría por desmontar los tableros que soportan los aros, para que quedaran, exclusivamente, los postes de soporte, imposibilitándose el ejercicio de cualquier práctica deportiva.

TERCERO.- El recurso de apelación del Ayuntamiento de Bilbao.

Interesa de la Sala que dicte sentencia por la que se estime el recurso de apelación y se anule la sentencia apelada, para dictar otra por la que se desestime el recurso contencioso administrativo.

En relación con el contenido y conclusiones de la sentencia, a lo que nos referíamos en el anterior fundamento jurídico, el Ayuntamiento apelante considera que las canastas de baloncesto, sobre las que versa el presente conflicto, sería una actividad vecinal equiparable a cualquier otra pequeña molestia de tipo doméstico ciudadano, así como al ruido originado por los usuarios de la vía pública, que no podía ser considerada como contaminación acústica, ya que, se dice, debe referirse ésta a los ruidos que causan efectos significativos importantes sobre el medio ambiente, lo que no sería el caso.

Se dice que la ligera molestia que suponen las instalaciones deportivas, por su pequeña entidad, no son objeto de regulación en la *Ley del Ruido de 2003*, que es la ley medioambiental que se refiere al ruido de mayor entidad, a grandes focos de contaminación acústica, con remisión a su exposición de motivos apartado 4, donde se va a justificar la exclusión del alcance de la ley a las actividades domésticas o las relaciones de vecindad cuando no excedan de los límites tolerables, de conformidad con los usos locales; se dice que, asimismo, cuando una pequeña contaminación acústica excede de esos límites tolerables, de conformidad con los usos locales, el *art. 2.2.a) de la Ley* tampoco se va a aplicar la misma para tipificar las infracciones sino significativamente en las ordenanzas locales, que tradicionalmente es donde se ubican las infracciones menores, así como las relaciones de vecindad.

El Ayuntamiento retoma el *art. 28 de la Ley de Ruido de 2003*, donde se clasifican las infracciones en muy graves, graves y leves, reservando el apartado 5 a las Ordenanzas Locales y el hecho de tipificar infracciones en relación con el ruido procedentes de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias y el ruido producido por las actividades domésticas o los vecinos cuando exceda de los límites tolerables, de conformidad con los usos locales.

Se dice que, en este caso, el Ayuntamiento va a sostener que el ruido producido por la actividad deportiva de las canastas de baloncesto procedente, fundamentalmente, de usuarios, sería equiparable a las actividades domésticas o vecinales, que no excederían de los límites tolerables, de conformidad con los usos locales.

Se señala que, incluso, si así fuera no sería aplicable tampoco la Ley del Ruido, como plasmó la parte demandante y había aceptado la sentencia apelada, sino las Ordenanzas Municipales que tradicionalmente han venido regulando tales relaciones de vecindad, como se configura en el Código Civil, porque, se dice, se está ante un pequeño problema de convivencia ciudadana que se resuelve por los mecanismos habituales de la policía administrativa local y no ante un problema medioambiental, que se refiere a la contaminación de mayor entidad.

Por ello, se precisa que la sentencia apelada, aunque es equilibrada al reconocer la pequeña entidad del ruido generado, cuando veíamos rechaza que se diera nulidad de pleno derecho del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*, no es conforme a derecho porque acaba considerando que las instalaciones deportivas, como factores de contaminación acústica, a los efectos de la *Ley del Ruido de 2003*, en lugar de considerar un asunto de relaciones de vecindad a resolver por las Ordenanzas Municipales, atendiendo a los principios de la convivencia ciudadana, compaginando el derecho al descanso de los vecinos con el derecho a la práctica deportiva de los usuarios de tal servicio municipal.

El Ayuntamiento rechaza lo que se afirma en la sentencia apelada de que las canastas de baloncesto generen un ruido por encima de lo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección de Medio Ambiente, aunque lo sea levemente, en concreto, se rechaza que sea un hecho incontrovertido, como recoge la sentencia apelada.

Dice el Ayuntamiento que ha discutido en el seno del recurso contencioso administrativo que en el supuesto de haber existido, en algún momento puntual, la superación de los límites, como consta en el expediente, el problema estaría resuelto en la actualidad al haberse estimado la pretensión de la Comunidad de Propietarios de prohibir el juego de baloncesto a partir de las 22:00 horas.

También se señala que la Subárea de Medio Ambiente sostuvo en el expediente que después de la prohibición horaria, a partir de las 22:00 horas, no existía actividad deportiva alguna, por lo que sería claro que, en el caso, de existir alguna molestia puntual tendría que resolverse por la Policía Municipal, por ello, el ruido generado, se dice, que en la actualidad, como consecuencia de las canastas de baloncesto a partir de las 22:00 horas, sería prácticamente nulo, que es como se precisa cuando se producía el conflicto.

Con ello se insiste en negar que se pueda seguir manteniendo en la actualidad que se superaran los límites establecidos en la Ordenanza Municipal por la noche, por lo que, según se recoge en el recurso de apelación, sería importante para el Ayuntamiento practicar la prueba propuesta por la parte actora que, finalmente, no fue debidamente practicada, en concreto en relación con la renuncia de la parte actora al primero de los puntos de la prueba pericial, que giraba en relación con los niveles sonoros registrados en horario nocturno y diurno, tanto en el exterior como en el interior de las viviendas de la Comunidad de Propietarios de la casa número NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, enfrente a las instalaciones deportivas instaladas en el Paseo José Anselmo Clavé, con indicación de si se ajustaban o no a los límites establecidos en la Ordenanza Municipal de Medio Ambiente, para precisar que esa fue la ocasión de comprobar los hechos, esto es, si después de ser prohibida la utilización de las canchas de baloncesto por la noche se superaban o no los límites de la Ordenanza, con las garantías que ofrecía la designación judicial del perito, aunque se insiste que no se practicó porque se renunció por la parte demandante, trasladando las pautas que se siguieron, en relación con el recurso de súplica interpuesto, lo que hemos de enlazar aquí con la petición de prueba efectuada en esta segunda instancia, que se rechazó por la Sala por el Auto de 22 de junio de 2009, al que nos remitimos, resolución firme.

También precisa el recurso de apelación que la sentencia apelada recoge en el fallo la adopción de alguna o algunas de las medidas enumeradas en el fundamento de derecho cuarto, sobre lo que se hacen precisiones, volviendo una vez más a considerar relevante la parte de la prueba pericial que fue renunciada por la Comunidad demandante, para considerar el Ayuntamiento que sería desproporcionado el fallo recogido en la sentencia, en relación con la levedad de la molestia ocasionada a los vecinos de las instalaciones, en relación con las conclusiones del ruido alcanzado, remarcando lo que plasmó la sentencia apelada, que lo sería en +5,7 dA(a), cuando argumentó el rechazo de estar ante un supuesto de nulidad de pleno derecho del *art. 62.1 a) de la Ley 30/92*, por lo que se reconocería que se trata de una molestia ligera, molestia ligera que, según el Ayuntamiento, no se compadece con lo que se recoge en el fallo, en concreto, cuando establece que hasta que el Ayuntamiento de Bilbao adopte alguna de las medidas enumeradas en el fundamento de derecho cuarto, debe desmontar los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva, porque, se dice, ello supone la clausura temporal del servicio público deportivo, sanción que estaría prevista en el *art. 29.1.b).3 para las infracciones graves según la Ley del Ruido de 2003*, que, se dice, no es el caso que nos ocupa.

Se concluye plasmando que no existiría proporción alguna entre la pequeña molestia que pudiera originar en un momento determinado las canchas de baloncesto, con una clausura total de las instalaciones deportivas durante un tiempo indeterminado.

CUARTO.- Oposición de la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Bilbao .

Interesa la desestimación y confirmación de la sentencia apelada; también interesa, en su caso y de ser viable estando al *art. 85.4 de la Ley de la Jurisdicción*, que manteniendo el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, se ratifique apreciando en la actuación administrativa impugnada la concurrencia de un vicio de nulidad absoluta.

La Comunidad apelada, con remisión a los antecedentes y a lo que considera realidad lesiva en relación con una situación reiteradamente denunciada por los vecinos, se va a reiterar, en relación con los argumentos de la demanda, que se daría un supuesto de nulidad del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92* por violación de los *arts. 15 y 18* de la Constitución, que es por lo que defiende, con los argumentos complementarios que incorpora e incidiendo en lo que trasladó en primera instancia, que el Juzgado debió acoger el primer argumento dirigido a declarar la nulidad absoluta del acto presunto municipal, porque, se dice, aunque los niveles de contaminación acústica registrados no hayan puesto en peligro la seguridad de las personas, sí incide en el derecho del respeto a la vida privada y familiar, privando del disfrute del domicilio en condiciones adecuadas que integra un daño moral que no exige constatación u objetivación con

parte médicos o acreditación, con remisión a lo que determinó esta Sala al resolver el recurso de apelación 154/2005, en la sentencia 642/2005, de 22 de septiembre [- la apelada hace cita por simple error al recurso de apelación 154/200 0 -].

Se traslada por la Comunidad apelada que si se está a los términos de la pretensión ejercitada, plasmada en el suplico del escrito de demanda, y estando al fallo de la sentencia apelada, estimatorio, estaría teóricamente imposibilitada de plantear una adhesión a la apelación por no encontrarse legitimada por no haber resultado perjudicada ni gravada por el fallo de la sentencia.

Con ello, y con remisión a lo que se razonó en la sentencia 100/2007, de 18 de enero de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , se deja constancia de la disconformidad con la decisión del Juzgado en cuanto al rechazo de la alegación de nulidad de pleno derecho, trasladando que se reitera para el caso de que la Sala entienda viable la adhesión a la apelación en este particular extremo.

La Comunidad apelada, también en relación con el planteamiento que trasladó en primera instancia de defensa de anulabilidad, y recogiendo las conclusiones y argumentos de la sentencia apelada, con remisión a argumentos previos, pasa a responder al recurso de apelación, para defender la conformidad de la sentencia apelada.

Se dice que la sentencia sería plenamente estimatoria, porque declaró la invalidez del acto presunto recurrido, por disconforme al ordenamiento jurídico, en cuanto ordenó al Ayuntamiento de Bilbao, en los términos que recogíamos, para exigir el uso de las canchas de baloncesto por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección de Medio Ambiente, exigiendo el desmontaje de los tableros para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva; se dice que, por ello, los pedimentos de la parte demandante habrían sido acogidos con excepción del referido a las costas.

Se detiene a continuación en relación con lo recoge el recurso de apelación del Ayuntamiento de Bilbao, en cuanto a que la sentencia apelada estaría soportada en la aplicación de la *Ley del Ruido de 17 de noviembre de 2003* , para señalar que esa afirmación no se ajusta a los términos de la sentencia, para señalar que aunque la parte demandante invocó dicha ley, lo fue tan solo como una de las normas jurídicas de carácter general y sectorial que la demanda hizo cita y exposición en su desarrollo argumental, para remarcar que la sentencia ni siquiera contenía referencia a la citada Ley del Ruido, por lo que, se dice que, todo lo que se recoge en el recurso de apelación sobre la inaplicabilidad de dicha Ley resulta equivocado y gratuito.

Se dice que lo relevante es que las mediciones de ruido, documentadas en autos, son expresivas de una indiscutible situación de contaminación acústica, tanto las aportados por los recurrentes como las que obran en el expediente, que no han sido desvirtuadas, ofreciendo valores máximos por encima de los fijados en la Ordenanza Municipal y , como se dice, no sólo por el comportamiento de los usuarios, sino porque las instalaciones municipales no reúnen las condiciones exigibles para evitar que su uso normal no genere ruidos por encima de los máximos fijados por la Ordenanza, como se puso de manifiesto con la prueba pericial judicial practicada en la instancia.

Tras ello se trae a colación lo que se razonó en la sentencia 216/2006, de 16 de marzo, recaída en el recurso 662/2005 , para reafirmar que el Ayuntamiento no puede abdicar de su competencia en el orden a exigir el cumplimiento de las ordenanzas y de su obligación de arbitrar medios disuasorios como la habilitación de espacios adecuados para prácticas deportivas sin daño para los vecinos.

Se continúan con consideraciones en relación con las alegaciones del recurso de apelación sobre la aplicación del la *Ley del Ruido de 2003* , para remarcar que, en este caso, no se está fiscalizando un proceso en el ámbito sancionador y ello en relación con la clasificación de las infracciones recogidas en la *Ley del Ruido de 2003* referidas por el Ayuntamiento.

En cuanto a la segunda alegación del recurso de apelación, respecto a la acreditación del ruido generado por el uso de las instalaciones por encima de los límites establecidos por la Ordenanza Municipal, cuando el Ayuntamiento señalaba que en la actualidad no existiría problema de contaminación acústica, se niega por la apelada porque debe prevalecer la apreciación del Juzgador sobre los hechos que se entienden probados, además de precisar que ni se justifica infracción de norma alguna sobre valoración de la prueba, con consideraciones sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, para trasladar que no se sabe que comprobaciones o mediciones recientes ha realizado el Ayuntamiento, llegando a precisar que se trataría de maniobra para generar dudas a la Sala.

También se hacen consideraciones en relación con la incidencia respecto a la prueba pretendida por

el recurso de apelación, en esta segunda instancia, a la que ya nos hemos referido, que fue, como decíamos, rechazada por el Auto de la Sala de 22 de junio de 2009, al que nos remitimos.

La oposición al recurso de apelación concluye con referencias a que la existencia del foco ruidoso no sería previa a la construcción de las viviendas, porque las viviendas son anteriores, precisando que lo que ha ocurrido es que el Ayuntamiento decidió ampliar los usos de espacio público colindante a la casa, levantando sobre el paseo unas instalaciones deportivas de uso simultáneo, múltiple y descontrolado, prescindiendo de toda planificación acústica previa, remarcando lo que recogió la sentencia apelada de "no diseñado para alojar canchas de baloncesto", precisando que ello pasaba por evaluar los ruidos potenciales a que podía dar lugar su uso para poder implementar las adecuadas medidas correctoras en relación con una localización muy próxima a las viviendas, para señalar que el Ayuntamiento no solo habría actuado de forma diligencia a la hora de decidir acometer la instalación sino que, además, las mantendría incumpliendo la legalidad.

Tras ello se alude a la prueba pericial judicial, que demostraría que existen medidas técnicas para limitar en lo necesario la contaminación acústica originada por el uso de la instalación deportiva, para remitirse al informe, al acto de ratificación y aclaraciones, remarcando que a él renunció a concurrir la representación del Ayuntamiento, precisando las aclaraciones que la parte demandante interesó, para insistir en que estaría comprobado el incumplimiento en materia de límites acústicos, por lo que debe primar la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas perjudicadas a la hora de calibrar la conformidad o no a derecho de la decisión municipal, acerca de mantener o cambiar la ubicación donde deba desarrollarse una actividad organizada o promovida por el Ayuntamiento, para señalar que el perito no consideró, porque no era el objeto de la pericial, medidas sobre el foco receptor, esto es aislamiento de las viviendas, lo que además supondría perjudicar a los damnificados, rechazando la conclusión del recurso de apelación de que se trata de una mera discrepancia entre vecinos.

Concluya la Comunidad apelante precisando que las instalaciones deportivas instaladas por el Ayuntamiento, de las que es titular, tenían la consideración legal de instalación de actividad recreativa, con remisión a los *arts. 1 y 2 y apartado 3.6 del Catálogo del la Ley 4/95, de 10 de noviembre, de Espectáculos Públicos y de Actividades Recreativas*, para reseñar que su *art. 8 ordena que las correspondientes instalaciones reúnan las condiciones técnicas necesarias para evitar molestias a terceros*; también se trae a colación la *Ley 3/98, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco*, su Anexo II, para señalar que incluye los espectáculos públicos y actividades recreativas dentro de las actividades clasificadas, a las que se refiere el *art. 55, señalando que la citada Ley 3/98 faculta a los alcaldes para paralizar una actividad clasificada en el caso de incumpliendo o trasgresión de condiciones ambientales*, por lo que no resultaría razonable que cuando es una instalación municipal que incumple los parámetros normativos en materia de ruido que rigen el municipio, el Ayuntamiento amparándose en la lógica de no exigencia de licencia, en la injustificada pasividad y tolerancia, obligando a los perjudicados a soportar el exceso de ruido.

Finalmente se señala que se trataría de una situación corregible, técnicamente posible y además legalmente obligada.

Con ello se ratifica la pretensión de desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia apelada.

QUINTO.- Antecedentes.

A continuación, previo a entrar a responder a lo que se debate, retomaremos los antecedentes que se desprenden del expediente administrativo, así como las conclusiones del informe del perito judicial.

1.- El 30 de julio de 2003 quien era Presidenta de la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, presentó solicitud en el Registro General del Ayuntamiento solicitando que las canchas de baloncesto colocadas en el parque de Doña Casilda no estuvieran concentrada en los números NUM001 y NUM000, interesando que se dispersaran y tuvieran un horario regulado que no superara las 10 de la noche.

2.- Ese escrito se contestó por la Responsable del Grupo de Deportes del Ayuntamiento de Bilbao, del Área de Educación Juventud y Deportes, trasladando que el uso nocturno comprobado no existía, así como que en caso de que el ruido perturbase el descanso nocturno se tendría que llamar a la Policía Municipal para que se personara en el lugar y constatará la veracidad del ruido para abrir el expediente de denuncia procedente, así el 18 de agosto de 2003.

3.- La responsable del Grupo de Deportes, el 25 de septiembre de 2003, trasladó comunicación a la Comunidad de Propietarios que se había tomado la decisión de colocar carteles y adoptar las medidas disuasorias para cumplir los horarios de utilización, esperando que con ello desaparecieran las molestias que se ocasionaba.

4.- En el expediente también consta comunicación recibida del Ararteko el 5 de noviembre de 2003, en relación con queja promovida por la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 , interesando informe y copia de los informes resultantes de las mediciones sonoras que se hubieran podido realizar a solicitud de los vecinos.

5.- Para su remisión al Ararteko emitió informe de 17 de febrero de 2004 el Jefe del Negociado de Inspección Medioambiental, del Área de Urbanismo y Medio Ambiente, en el que, en relación con las pautas de medición que expone, concluyó que los niveles sonoros medidos superaban levemente los límites máximos diurnos en el interior de la vivienda, 40 dB(A), así como que los límites intermedios y nocturnos se superaban claramente, generándose en tales horarios graves molestias, proponiendo el informante que se deberían implantar con carácter de urgencia alguna medida que impida el juego a partir de las 22 horas, trasladando que se podían apagar algunas farolas de forma que existiera algo de alumbrado pero no el suficiente para jugar.

6.- Por la Directora del Área de Educación, Juventud y Deportes se dirigió escrito a la Subdelegación del Servicio de Seguridad Ciudadana, fechado el 26 de marzo de 2004, interesando información de las actuaciones por tal servicio al objeto de cumplir la prohibición de jugar en las canchas de baloncestos ubicadas en el Parque a la altura del número NUM000 de la CALLE000 a partir de las 22 horas, como se trasladó al objeto de hacerlo llegar tanto a la Comunidad de Propietarios como al Ararteko.

7.- El 24 de marzo de 2004 se recibió nuevo requerimiento instando información por parte del Ararteko.

8.- El 10 de mayo de 2004, el Director de Servicio de Seguridad Ciudadana informó al Área de Educación, Juventud y Deportes plasmó que el 1 de abril pasado se había trasladado petición de vigilancia a la Comisaría Central para que se tuviera en cuenta el Servicio durante la ronda de trabajo en relación con lo interesado, en cuanto a la vigilancia del cumplimiento de la prohibición de jugar en las canchas de baloncesto a partir de las 22 horas.

9.- El 6 de mayo de 2004 se recibió nuevo requerimiento instando la información solicitada, por haber transcurrido el plazo previamente concedido.

10.- El 19 de mayo de 2004 remitió contestación el Teniente Alcalde Concejal de Educación, Juventud y Deportes, trasladando las actuaciones llevadas a cabo, a las que nos hemos ido refiriendo.

11.- El 13 de agosto de 2004, el Director del Servicio de Seguridad Ciudadana comunicó al Área de Educación, Juventud y Deportes que con la restricción horaria, esto es no permitir el uso de las canastas a partir de las 22 horas, no se conseguía el fin pretendido, toda vez que si bien se requería a los jóvenes que incumplen tal limitación par que cesen en los juegos, reiteraban su comportamiento en otros días por no existir sanción alguna regulada que pueda imponerse ante tales infracciones, trasladando que sería conveniente para conseguir mayor respeto hacia el horario pretendido, que mediante Ordenanza se regulen tales aspectos y así poder renunciar e iniciar el correspondiente expediente sancionador contra los infractores, con lo que se conseguiría un mayor respeto y cumplimiento de las normas de uso de las canchas, y considerando que disminuiría así notablemente las molestias que los vecinos han de soportar.

12.- El Abogado Sr. de Vicente Unzaga, en nombre de la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 , presentó escrito el + de julio de 2004, recibido en el Ayuntamiento el 9 siguiente, con el que interesó el traslado de las canchas de baloncesto para impedir la utilización inmediata hasta que se adoptaran las medidas efectivas adecuadas para garantizar los derechos de los vecinos afectados, vio como se trasladó con reserva de la exigencia de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento en relación con lo que se calificó de inactividad municipal.

13.- El 13 de septiembre de 2004 el Área de Educación, Juventud y Deportes, su Directora, tras dejar constancia de la reunión mantenida con la Comunidad solicitante y su abogado, plasmó la conveniencia de hacer llegar al área competente que se reserve espacio suficiente en las obras de ampliación del Parque Doña Casilda u otro lugar próximo para poder ubicar las canchas de baloncesto hacia la zona donde más o menos se ha instalado el carrusel infantil.

14.- A los folios 54 y 55 del expediente obra informe del Subdirector de Proyecto y Obras Públicas, del Área de Obras y Servicios del Ayuntamiento, que concluyó que si la única vía final iba a ser la supresión de las canastas de su actual ubicación, así como que tanto el Parque de Doña Casilda como el Paseo Abandoibarra no estaban diseñados para alojar tales instalaciones deportivas, no cabían más que dos alternativas, la primera supresión sin más de las canastas, lo que haría desaparecer una actividad para la juventud que era francamente atractiva, y la segunda, generar dentro de las zonas mencionadas alguna explanada sacrificando zonas de verdes o zona de paseo que pudieran alojar las pistas de baloncesto.

15.- Por el Director General de Bilbao Ría 2000 se trasladó al Ayuntamiento informe del Director del Proyecto, por el que se concluía que no era posible la reubicación de las canastas de baloncesto situadas en el parque de Doña Casilda en la ampliación del parque que estaba ejecutando Bilbao Ría 2000, así informe de 21 de julio de 2005.

16.- El 18 de marzo de 2005, la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 , presentó nuevo escrito ante el Ayuntamiento interesando que a la mayor urgencia se adoptaran las medidas necesarias para poner fin a la contaminación acústica que se había denunciado, ordenando el traslado inmediato de las canchas de baloncesto e impidiendo de forma efectiva su utilización hasta que se hayan adoptado las medidas adecuadas para garantizar los derechos de los vecinos afectados, siendo lo recurrido en la instancia la desestimación presunta de dicha petición.

17.- Al folio 68 del expediente consta acta de inspección de la Subárea de Medio Ambiente, de 28 de junio de 2005, donde se plasman incidencias observadas en visitas de inspección realizadas el 7, 13, 21 y 28 de mayo de 2005 y el 4 de junio y 10 de junio de 2005, recogiendo que no se constataba la presencia de actividad alguna salvo el 10 de junio, donde se constató la presencia de dos personas jugando a las canastas a las 23,15 horas, concluyendo que con lo observado, se podía afirmar que la molestia era puntual aunque susceptible de aumentar en verano, precisando que en todo caso debería ser la policía municipal quien tendría que hacer cumplir la prohibición existente.

18.- En relación con el escrito presentado por la Comunidad de Propietarios, el Jefe de la Subárea de Medio Ambiente, en fecha 27 de septiembre de 2005 trasladó al Letrado Sr. de Vicente Unzaga que realizadas las diversas inspecciones durante el horario nocturno se había constatado que a partir de las 10 horas de la noche no existía actividad alguna, en consonancia con la placa de aviso que existía en las instalaciones.

19.- El informe del Perito Judicial don Luis Enrique , Ingeniero Industrial, emitido como se recogió en él para aclarar las alternativas constructivas a realizar para la insonorización de los niveles acústicos registrados en el edificio número NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, concluyó plasmando que el traslado de las canchas de baloncesto reducía los niveles de presión sonora correspondiente en mayor medida al incrementar la distancia de separación, considerando que tal opción aseguraba completamente el bienestar del vecindario en lo que a contaminación acústica se refería, pero precisó que sus limitaciones prácticas se referían a la disponibilidad de espacio de características adecuadas para la instalación de las canchas en otro emplazamiento.

También aludió a la actuación sobre el pavimento que podía reducir el ruido en cuanto a los impactos del balón y las pisadas de los jugadores, así como que, sin embargo, tal medida no eliminaba la contaminación acústica debida a los impacto contra canastas y griterío generado en la zona, siendo necesario además proteger los nuevos pavimentos del efecto del agua y las condiciones atmosféricas adversas porque su deterioro se producía de forma prematura, solución que se dijo se complementaría con otras para conseguir cumplir todos los objetivos.

También se valoró el apantallamiento de las canchas, que reducía el nivel de presión por debajo de los límites establecidos en la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente del Ayuntamiento de Bilbao, asegurando una reducción de los niveles pico registrados en los estudios de medición por debajo de los niveles de MAXL permitidos.

Asimismo aludió a la cubrición completa de las canchas, que solucionaría el problema planteado con unas garantías superiores a las del resto de soluciones si se ejecutaba de forma adecuada.

Tras ello, precisó que de todas las soluciones las que resolvían el problema de forma integral, atenuando todas las fuentes generadoras del ruido, se podrían ordenar de acuerdo con cuatro criterios técnico económicos, así, en primer lugar, se encontraba como solución más equilibrada la ejecución de pantallas acústicas, en segundo lugar, combinar esta solución con un pavimento absorbente; en tercer

lugar, la cubrición completa de las canchas de baloncesto y, en último lugar, el traslado de las canchas, y ello como se plasmó entendiéndose la dificultad de localizar una nueva ubicación viable.

Finalmente, el Perito plasmó, como dijo al margen de la actuación sobre las canchas de baloncesto, que estimaba oportuno mencionar la posibilidad de realizar algún tipo de actuación en el receptor de los ruidos, así con referencia a las ventanas y fachadas de los edificios porque las ventanas podían reforzarse y disminuir la inmisión registrada dentro de las viviendas, al precisar que se podría aumentar la TL (Transmission Loss), usando vidrio laminado, doble acristalamiento y/o incrementar el aislamiento de las fachadas etc., para que el nivel sonoro pueda reducirse sensiblemente según un amplio rango de valores.

SEXTO.- Precisiones sobre la adhesión al recurso de apelación y discrepancia parcial de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada; adhesión procedente y desestimación.

Nos encontramos, estando al contenido de la sentencia apelada, con un pronunciamiento estimatorio del recurso interpuesto por la comunidad apelada, aunque discreta, al oponerse al recurso de apelación, de la fundamentación jurídica de aquélla, en cuanto rechazó la nulidad de pleno derecho, interesado de la Sala, de ser posible estando al *artículo 85.4 de la LJCA*, su consideración como adhesión para declarar la nulidad de pleno derecho, en los términos que se razonó con la demanda.

La LJCA en el *artículo 85.4*, el referirse al contenido posible del escrito de oposición al recurso de apelación, en la redacción originaria en su momento vigente, recogía: < < también podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, en cuyo caso se dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión > > .

Ello nos introduce en el debate sobre si son recurribles los razonamientos de las resoluciones judiciales, en este caso de la sentencia, incluso en la hipótesis de que incidan en relación con pronunciamiento estimatorio, en su caso parcialmente estimatorio.

Incluso en esa hipótesis sería admisible el recurso de apelación, dado que aunque el criterio general es el que plasma el *art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cuando refiere, al regular las *Disposiciones Generales de los recursos, en el Capítulo I del Título IV*, que contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley, esa exigencia de < < afectar desfavorablemente > > ha sido entendida por la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que incluso admite la posibilidad de recursos cuando nos encontramos ante resoluciones judiciales que sean favorables a quien pretende recurrir, de forma singular cuando se discrepa de los argumentos, de la fundamentación jurídica y no del fallo.

Así vemos cómo en la STC 157/2003, de 15 de septiembre, se acaba concluyendo en la posibilidad de entablar recurso de apelación contra resolución perjudicial en parte, no en el fallo sino en la fundamentación jurídica; sobre este debate podemos referir, también, la STC 79/1987, a la que alude la anterior, así como las posteriores a ella, las SSTC 196/2003 y 4/2006.

En nuestro caso, estando a la sentencia apelada, en los términos recogidos en nuestro fundamento jurídico segundo, se desestimó la petición de declaración de nulidad de pleno derecho de la actuación recurrida, en los términos pretendidos en la demanda, supuesto de nulidad de pleno derecho del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*, en relación con la violación de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, en este caso de los *artículos 15 y 18.1 y 2 de la Constitución*.

Esa conclusión de la sentencia apelada, para la Sala, configura razonamiento y decisión que justifica que la comunidad demandante pueda dirigirse contra ella, en este caso vía adhesión tras el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao, porque pudo haber interpuesto recurso de apelación con independencia del interpuesto por el Ayuntamiento, para pretender que la actuación administrativa recurrida fuera declarada nula de pleno derecho, como se había interesado con la demanda; no puede desconocerse que con ella lo que se estaba ejercitando era una pretensión preferente de nulidad de pleno derecho y subsidiaria de anulabilidad, que fue la que finalmente acogió la sentencia apelada.

Esta conclusión lleva a resolver sobre ese ámbito de decisión, lo que la Sala analizará con independencia de que, en su momento, al Ayuntamiento no se le dio traslado de la petición de adhesión que incorpora el escrito de oposición al recurso de apelación, en los concretos términos que veíamos, en relación con la petición que se hacía en el ámbito del *art. 85.4 de la Ley de la Jurisdicción*, como se precisó de ser viable para, manteniendo el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, apreciar que la

actuación administrativa impugnada era nula absoluta, como se decía, para apreciar que en ella concurriría el vicio de nulidad absoluta.

Avanza la Sala en su estudio porque, finalmente, ha de concluir en ratificar la apreciación de la sentencia apelada de rechazo de la nulidad de pleno derecho pretendida con la demanda, en relación con las circunstancias concurrentes, al estimar que no se trataba, la contaminación acústica denunciada, de un desbordamiento sonoro absoluto, manifiestamente desproporcionado e insoportable.

Para ratificar tal conclusión, sólo queda remitirnos a las conclusiones de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; así podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 29 de mayo, a la que expresamente se remitieron las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003 y de 29 de mayo de 2003, con incidencia relevante en relación con actividades generadoras de ruido, donde se vino a concluir que ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aunque no pongan en peligro la salud de las personas pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, para señalar que la protección dispensada a nivel de derecho fundamental a la vida personal y familiar en el ámbito domiciliario, que es en lo que sobremanera ha incidido lo debatido e instado en su momento con la demanda por la Comunidad demandante, y ahora en la adhesión que resolvemos por remisión a ella, se alude a exposición prolongada a determinadas niveles ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables.

En este caso, con la sentencia apelada, con remisión a los antecedentes que dejábamos recogidos en el anterior FJ 5º, hemos de partir de estar ante unos hechos generadores de ruidos que no pueden considerarse prolongados, ni constantes, ni persistentes, lo que lleva a la Sala a rechazar que se esté ante un supuesto de nulidad de pleno derecho y, por tanto, a rechazar la adhesión en los términos en los que se ha entrado en su estudio, para ratificar la conclusión de la sentencia apelada porque, razonadamente, concluyó que la actuación administrativa recurrida no era merecedora de la sanción nulidad de pleno derecho del *art. 62.1.a) de la Ley 30/92*, al considerar que se estaba lejos de un supuesto de inactividad administrativa, así como porque, en el peor de los casos, el exceso de ruido acreditado lo era en +5,7 dB(A), por lo que no se consideró que se estaba ante un desbordamiento sonoro absoluto, manifiestamente desproporcionado e insoportable.

SÉPTIMO.- Desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia apelada.

Una vez despejadas las cuestiones formales de carácter procesal en relación con la adhesión articulada por la Comunidad de Propietarios, en su momento demandante, y respondida la adhesión, procede dar respuesta al recurso de apelación del Ayuntamiento de Bilbao en relación con el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, con soporte en los razonamientos que dejamos recogidos en nuestro fundamento jurídico segundo, enmarcado en los antecedentes que se desprenden del expediente y de los autos que, en lo fundamental, hemos trasladado a esta sentencia, a su fundamento jurídico quinto, a los que nos remitimos.

La Sala ya anticipa que ratificará la sentencia apelada al asumir en lo fundamental los argumentos de la sentencia apelada, siendo relevante el punto de partida de que se estaba ante una infraestructura de titularidad municipal, las canastas dispuestas en un espacio público, colindantes con la Comunidad de Propietarios, en el ámbito del Parque de doña Casilda de Iturrizar, por lo que sin duda colocaba al titular de la infraestructura de ocio deportiva para uso de la ciudadanía en general, como garante, en lo que interesa en relación con su incidencia acústica, además de que ya desde el expediente constaban acreditados supuestos en los que se superaban los límites que la Ordenanza Municipal, aprobada por el Ayuntamiento demandado ahora apelado; sin más, en relación con ello, nos remitimos a los informes que constan en el expediente, en los términos que recogíamos en el relato de antecedentes.

Se ha de ratificar que el Ayuntamiento viene encauzando determinadas medidas tras las quejas así como, estando al expediente, en relación con la intervención del Ararteko, en concreto al establecer la prohibición de uso a partir de las 22:00 horas, aunque el expediente refleja que era fue prohibición que no se llegó a poder cumplir de manera plena, dado que se llegó a trasladar por el Servicio de Seguridad Ciudadana de la Policía Municipal que para cumplir con la prohibición o limitación horaria, era necesaria la elaboración de la normativa adecuada que estableciera el oportuno régimen sancionador.

En este momento, para responder a los alegatos del Ayuntamiento es oportuno traer a colación lo que la Sala razonó en la sentencia 216/2006, de 16 de marzo, en el recurso de apelación 642/2005, en respuesta, en aquel caso, a recurso de apelación que interpuso la Comunidad de Propietarios de las casas números NUM002, NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006 de la CALLE001 de Bilbao, en relación con

sentencia de 21 de julio de 2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao , que había desestimado el recurso interpuesto contra resolución de 1 de septiembre de 2004 de la Teniente Delegada del Área de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento, que ordenó ejecutar obras necesarias en las rampas de acceso a los portales de la comunidad para eliminar los ruidos que se producían al paso por dicha rampa, en concreto por el ruido generado por el uso de monopatines.

En relación con la competencia del Ayuntamiento respecto a la adopción de las medidas necesarias para paliar o eliminar las emisiones sonoras, tras ratificar lo que se había recogido por la sentencia allí apelada, la Sala plasmó, en su fundamento jurídico tercero, lo que sigue:

< < Por lo que toca al motivo de apelación fundado en la falta de competencia del Ayuntamiento para la adopción de las medidas necesarias para paliar o eliminar las inmisiones sonoras, hemos de ratificar asimismo cuanto razona la sentencia apelada que hace un análisis adecuado del marco normativo aplicable.

/ El problema de las emisiones sonoras es claramente un problema medioambiental al que trata de poner remedio la *Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero* general de protección del medio ambiente del País Vasco, estableciendo deberes y derechos de las personas, y regulando un marco de intervención de las administraciones públicas entre las que lógicamente tiene un papel preponderante el municipio (*art. 7.3*).

/ En materia de ruidos y vibraciones el *art. 34* autoriza a los Ayuntamiento a dictar ordenanzas que incorporen a los instrumentos de planificación territorial los objetivos de calidad, valores límite y umbrales de alerta, pudiendo incorporar medidas de restricción en la utilización de los suelos donde se hayan observado altos niveles de contaminación y asimismo limitar la implantación de nuevas fuentes emisoras. De otro lado el *art. 87* establece el deber de los entes locales de aprobar las correspondientes ordenanzas municipales de medio ambiente.

/ Finalmente el *art. 35* obliga a los titulares de cualesquiera focos de contaminación atmosférica incluida la causada por el ruido y las vibraciones a adoptar las medidas necesarias para observar los niveles aplicables, sin necesidad de actos de requerimiento o sujeción individuales.

/ La *Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido* sujeta a las prescripciones de la misma a todos los emisores acústicos ya sean públicos o privados así como a las edificaciones en su calidad de receptores acústicos, excluyendo "las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquellos se mantenga dentro de límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales" (*art. 2.2 .a*).

/ Finalmente la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente de Bilbao da cumplimiento a tales previsiones legales y, en lo que ahora importa establece un límite máximo de inmisión sonora de 40 dbA, y si bien en su *art. 80* excluye de la competencia municipal las molestias "entre viviendas que encuentran su regulación jurídica en la Ley de Propiedad Horizontal", ha de entenderse que se trata de molestias que sin dejar de serlo, no rebasan los límites legales de la ordenanza, puesto que en el caso de hacerlo la cuestión rebasa el campo de un conflicto entre particulares en el marco del uso de los bienes en común, para entrar en el campo de la protección medioambiental frente a las inmisiones sonoras en el que se halla presente un claro interés público.

/ No es por tanto una mera cuestión civil, la relativa a la contaminación acústica consistente en la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones "cualquiera que sea el emisor acústico que las origine, que impliquen molestia riesgo o daño para las personas", según la definición de contaminación acústica que nos da el *art. 3 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre* . En ellas tiene sin duda una clara competencia la autoridad municipal en el ejercicio de las competencias sobre medio ambiente que le son propias de conformidad con lo previsto por el *art. 25.2.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril* reguladora de las Bases del Régimen Local > > .

[- Hasta aquí lo que la Sala razonó en la sentencia 216/2006, de 16 de marzo, en el recurso de apelación 642/2005 -].

En nuestro supuesto, incluso, estamos ante un ámbito de mayor vinculación, digámoslo así, para la autoridad municipal, para el Ayuntamiento de Bilbao en este caso, porque nos encontramos con que el foco de la contaminación sonora, del ruido, son instalaciones, las respectivas canchas de baloncesto, de titularidad municipal.

En primer lugar, ha de señalarse que, la *Ley 37/2003, de 7 de noviembre del Ruido* , no fue elemento determinante del planteamiento de la demanda, sino alegato complementario para justificar las pretensiones

que se ejercitaban, además de precisar, en relación con lo que ya hemos recogido al retomar el contenido del fundamento jurídico tercero de la sentencia 216/2006, recaída en el recurso de apelación 642/2005, que si, por un lado, el *art. 2.2.a) de la citada Ley 37/2003, del Ruido*, excluye del ámbito de aplicación de la misma, entre otros emisores acústicos, las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de límites tolerables, de conformidad con las ordenanzas municipales y usos locales, por otro, ello no puede llevar, sin más, a excluirlos cuando se está ante supuestos que generan contaminación acústica, superando los límites fijados en las Ordenanzas Municipales, además de que no se está en este caso ante una actividad localizada y concreto, puntual, vinculada a determinado acontecimiento, sino que se estaba ante unas instalaciones que permiten el uso en cualquier momento, uso más o menos intenso, con independencia de que se estableciera la prohibición del uso en horario nocturno a partir de las 22:00 horas.

Además, no puede desconocerse que la sentencia apelada, en el fondo, incorpora lo que se puede calificar como pronunciamiento cautelar, dado que, en principio, no excluye que se pueda reanudar el uso de las canchas de baloncesto en el mismo lugar siempre que se cumplan las exigencias que de ella se derivan, dado que la conclusión a la que llegó, al ordenar desmontar los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva, lo fue mientras se adoptaba alguna de las medidas que recogía en su fundamento de derecho cuarto, para conseguir el fin pretendido, esto es, que el uso de las canastas de baloncesto provoque ruido por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente del Ayuntamiento de Bilbao, en relación con las conclusiones del informe pericial incorporado a las actuaciones, del Ingeniero industrial don Luis Enrique, tras valorar las soluciones técnicas que se ponían de manifiesto, en concreto las que se estimaban viables.

No puede desconocerse, en relación con otro de los argumentos del recurso de apelación del Ayuntamiento de Bilbao, que traslada para censurar las conclusiones de la sentencia apelada, cuando considera que la conclusión de la sentencia apelada al suponer, al menos, la clausura temporal del servicio público deportivo sería desproporcionada en relación con las sanciones previstas en la *Ley del Ruido de 2003, porque el art. 29.1.b).3º*, prevé la sanción para infracciones, en concreto la clausura temporal, total o parcial de las instalaciones por un período máximo de dos años, debiéndose precisar al respecto, por un lado, que en este caso la medida adoptada por la sentencia apelada no tiene carácter sancionador, además de que no puede desconocer, bajo el prisma del principio de proporcionalidad, que estando a los antecedentes nos encontramos con que el expediente ya incorpora requerimientos de la Comunidad de Propietarios que se remontan a julio de 2003, cuando tras distintas actuaciones y peticiones de la Comunidad, reiteradas, se llega al recurso contencioso administrativo 388/2005, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Bilbao, que va a concluir con sentencia de 20 de febrero de 2009, tiempo transcurrido en el que se mantenía la situación valora por la sentencia apelada y que desprende el expediente administrativo, que no puede sino justificar que fue proporcionada la decisión de la sentencia apelada, de impedir el uso al ordenar que se desmontaran los tableros de las canastas, dado que, en principio, el momento temporal, y sin perjuicio de las incidencias generadas en su ejecución, quedaba reconducido a la actuación del Ayuntamiento para tomar las medidas que aseguraran el uso de las canchas de baloncesto por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente.

Para concluir, no está de más recordar, como defiende la Comunidad apelada, que, efectivamente, las canchas de baloncesto, las canastas con sus correspondientes tableros, fueron instaladas con posterioridad a las viviendas, por lo que el calificado como foco ruidoso fue posterior al asentamiento de las viviendas, sin necesidad de profundizar qué incidencia hubiera tenido la situación inversa.

Por todo ello, la conclusión de la sentencia apelada ha de considerarse ponderada, proporcionada y adecuada a las circunstancias que estaban en litigio, cuando, por un lado, rechazó que se estuviera ante un supuesto de nulidad de pleno derecho y, por otro, consideró que el Ayuntamiento de Bilbao no había desarrollado una actividad suficiente en su función de garante, en relación con el uso de las canchas de baloncesto, analizando los hechos que se desprendían del expediente, para concluir que se estaba, por tanto, ante un supuesto de anulabilidad del *art. 63.1 de la Ley 30/92*, al enjuiciar la desestimación presunta, por silencio, de lo que se había instado el 18 de marzo de 2005 por la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 de Bilbao.

Todo ello sin que sea necesario profundizar en relación con alegato que ya incorporó la demanda y sobre lo que se insiste por la Comunidad de Propietarios al oponerse al recurso de apelación, en relación con la consideración que hace de estar ante una actividad recreativa, por lo que trae a colación los *arts. 1 y 2 y apartado 3.6 del Catálogo de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de Espectáculo Públicos y Actividades Recreativas*, para enlazar con la precisión que se recoge en el Anexo II de la *Ley 3/1998, General de Protección de Medio Ambiente del País Vasco*, en su consideración como actividad clasificada.

Por tanto, se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia apelada.

OCTAVO.- Costas.

Estando los criterios en cuanto a costas del *art. 131.2 de la Ley de la Jurisdicción*, a pesar de la desestimación del recurso de apelación del Ayuntamiento de Bilbao y de la adhesión de la Comunidad de Propietarios, las circunstancias concurrentes, en los términos que han quedado recogidas en esta sentencia, llevan a la Sala a considerar que no procede imponer las costas, ni al Ayuntamiento de Bilbao, ni a la Comunidad de Propietarios.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, DESESTIMANDO el **recurso de apelación 803/2009** interpuesto por el Ayuntamiento de Bilbao, así como la **adhesión** de la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, contra la sentencia 40/2009, de 20 de febrero de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, por la que, al estimar el recurso nº 388/05 seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario, a instancias de la Comunidad de Propietarios del nº NUM000 de la CALLE000 de Bilbao, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 18 de marzo de 2005, en la que se instaba el traslado de las canchas de baloncesto instaladas en la fachada trasera, declaró la anulabilidad de la resolución presunta recurrida, por su disconformidad al ordenamiento jurídico, y ordenó al Ayuntamiento de Bilbao desmontar los tableros de las canastas para impedir el ejercicio de cualquier práctica deportiva mientras adopta alguna o algunas de las medidas enumeradas en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia, que aseguren el uso de las canchas de baloncesto por debajo del umbral auditivo establecido por la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente, DEBEMOS:

1º.- Confirmar el pronunciamiento de la sentencia apelada, con rechazo de las pretensiones ejercitadas por el Ayuntamiento de Bilbao como apelante, y por la Comunidad de Propietarios del número NUM000 de la CALLE000, de Bilbao en la adhesión al recurso de apelación.

2º.- Sin pronunciamiento expreso en cuanto a las costas de esta segunda instancia.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

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