



Roj: **STSJ MU 189/2023 - ECLI:ES:TSJMU:2023:189**

Id Cendoj: **30030330022023100004**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **16/02/2023**

Nº de Recurso: **295/2022**

Nº de Resolución: **68/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER KIMATRAI SALVADOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

MURCIA

SENTENCIA: 00068/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

N56820

PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5 -DIR3:J00008051

Teléfono: Fax:

Correo electrónico:

UP3

N.I.G: 30016 45 3 2009 0100276

Procedimiento: AP RECURSO DE APELACION 0000295 /2022

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

De D./ña. Esmeralda , Victorio

Representación D. ESTEBAN PIÑERO MARIN, ESTEBAN PIÑERO MARIN

Contra. **AYUNTAMIENTO DE SAN PEDRO DEL PINATAR**

Representación D^a. CONCEPCION LOPEZ SANCHEZ

ROLLO DE APELACIÓN Núm. 295/2022

SENTENCIA Núm. 68/2023

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

Compuesta por los Ilmos. Sres.:

Doña Leonor Alonso Díaz-Marta

Presidente

Don José María Pérez-Crespo Payá

Don Francisco Javier Kimatrai Salvador

Magistrados



han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º 68/23

En Murcia, a dieciséis de febrero de dos mil veintitrés.

En el rollo de apelación N.º 295/2022 seguido por interposición de recurso de apelación contra el **Autode 1 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de Murcia en el incidente de ejecución de Sentencia seguido bajo el número 20/2011**, en el que figura como parte apelante DOÑA Esmeralda Y DON Victorio representados por la Procurador Sr. Piñero Marín y defendido por el letrado Sr. Ruiz Maciá

Es Ponente la Magistrada Ilmo. Sr. D. Fco. Javier Kimatrai Salvador, quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de DOÑA Esmeralda Y DON Victorio se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación contra el **el Autode 1 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de Murcia en el incidente de ejecución de Sentencia seguido bajo el número 20/2011** que declaraba "ejecutada la sentencia firme dictada en el proceso y acuerdo el archivo de las actuaciones una vez la presente resolución judicial adquiera firmeza".

Frente a dicho Auto se interpuso recurso de apelación y el Juzgado admitió a trámite el recurso y acordó elevar los autos y el expediente administrativo en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

SEGUNDO .- Recibidas las actuaciones en la Sección Segundase designó Magistrada ponente, quedando los autos pendientes para dictar sentencia. La deliberación, votación y fallo se celebró el día 3 de febrero de 2023.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Auto apelado **de 1 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de Murcia en el incidente de ejecución de Sentencia seguido bajo el número 20/2011** tenía por objeto resolver la pretensión del **Ayuntamiento** apelado que solicitaba que se declarase que la Sentencia objeto de ejecución se encontraba debidamente ejecutada al haber dado cumplimiento a lo ordenado en ella.

La Sentencia a ejecutar, fue dictada por esta Sala y su parte fallo, disponía cuanto sigue, "*Estimar parcialmente el recurso de apelación 291/2010 interpuesto por D^a Esmeralda y D. Victorio contra la Sentencia 5/2010 de 15 de enero del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Cartagena que desestimaba el recurso contencioso administrativo 168/2009, resolución que revocamos y declaramos la vulneración de los derechos a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, condenando a la administración a adoptar las medidas necesarias para que cesen las intromisiones en dichos derechos y condenando a la indemnización a la que se ha hecho referencia en el fundamento de derecho tercero; sin costas*".

La indemnización a que hacía referencia el fallo era de 500 euros mensuales desde que se hizo la reclamación, hasta que se diera cumplimiento al fallo de la Sentencia.

La motivación dada por el Auto recurrido se centra en constatar la instalación de oxidador término en diciembre de 2018; su puesta en marcha en el año 2019, señala la existencia de reportaje fotográfico del año 2021 donde se recoge el funcionamiento del mismo durante la jornada laboral y refiere el certificado de la empresa fabricante del oxidador 1067/2020 donde se acredita la forma de funcionamiento del mismo y la posibilidad de que los gases contaminantes se mantengan en la cámara de combustión a 850 grados durante al menos dos segundos.

SEGUNDO. - Alegaciones de la parte apelante.

La parte recurrente interpone recurso de apelación frente al Auto que nos ocupa y arguye como motivos esenciales del recurso los siguientes;

1.- Considera que el Auto yerra en sus aseveraciones y ello por cuanto, entiende que en el mismo se indica que la Sentencia está debidamente ejecutada al constar que el **Ayuntamiento** ha adoptado medidas tendentes a



eliminar los olores procedentes de la fábrica de Asfaltos como lo constata la instalación del oxidador término en fecha 2018 y que entró en funcionamiento en 2019, por lo que la Sentencia está ejecutada.

Considera que confunde el objeto de la ejecución y señala un previo Auto del propio Juzgado de Cartagena de 19 de junio de 2017 en el que se indicaba que el objeto de la ejecución es conseguir por parte del **Ayuntamiento** el cese de las inmisiones odoríferas correspondiendo la prueba de ello al **Ayuntamiento** condenado.

Entiende que no es lo mismo que por el **Ayuntamiento** se adopten medidas para reducir las inmisiones a que por el **Ayuntamiento** se consiga que esas medidas provoquen el cese de las inmisiones para los actores, lo que critica del Auto recurrido.

2.- Persistencia de las Inmisiones.

Tras citar el contenido del Auto recurrido indica que no hay prueba alguna de que las inmisiones hayan cesado. Indica que los informes de la policía local no son suficientes para considerar acreditado que ya no hay olores, desde el momento en que estos se emiten sin rigor alguno indicando que ya a este aspecto hacía referencia la Sentencia recurrida cuando se citaba el Doc. 8 y 9 de la demanda.

Añade que en su escrito de oposición al incidente de ejecución aportaba Doc. 8 en el que se recogen mediciones realizadas los días 27 a 29 de enero de 2020 (cuando según el Auto ya funcionaba el oxidador) y se constataba la existencia de olores, también de emisiones furtivas (no tratadas por el oxidador) que suponen un 30% de las existentes.

Considera que las actas de la policía local no son prueba suficiente del cese de los olores, pero incluso en ese caso, indica que aportó al escrito de oposición al incidente de ejecución los documentos 2 a 7 en que se recogían actas policiales donde se indicaba que seguía habiendo olores.

3.- Sobre las pruebas aportadas por ambas partes al incidente de ejecución.

Indica que por ambas partes en los escritos rectores del presente incidente de ejecución se solicitaba el recibimiento del pleito a prueba sin que por el Juzgado se dictara resolución admitiendo o rechazando la citada prueba. Indica que carente de resolución sobre la prueba se han encontrado con el Auto recurrido que resuelve sobre el fondo, sin valorar las pruebas lo que les deja en evidente indefensión.

Aduce que a pesar de no estar prevista la práctica de prueba en ejecución, es posible su admisión como ya había hecho el mismo Juzgado en una resolución previa, razón por la que reitera su petición de practica de prueba en los términos interesados en su escrito, añadiendo que en todo caso no se ha acreditado la cesación de la inmisión de olores.

4.- Sobre la Indemnización. Indica que en caso de estimarse el recurso seguirá devengándose la indemnización prevista en Sentencia y caso de verse desestimado procede concretar la fecha en que se ejecutó la Sentencia a efectos de poder liquidar la indemnización pertinente.

TERCERO .- Alegaciones de la parte Apelada.

La parte Apelada, comienza indicando que debió darse traslado del recurso a la mercantil Asfaltos del Sureste S.A como coejecutada para evitar defectos procesales.

Entrando al fondo del asunto, los motivos por los que solicita la desestimación del recurso son los siguientes;

1.- Acreditación de la adopción de adecuadas medidas por el **Ayuntamiento** e inexistencia de inmisiones en el domicilio de los apelantes.

Admite el Apelado que el objeto de la Sentencia y de su ejecución era evitar las inmisiones en el domicilio de los recurrentes. Indica que el Ejecutado aportó en el incidente de ejecución pruebas que revelan el conjunto de medidas adoptadas por el propio **ayuntamiento** para garantizar el cese de las inmisiones medidas que por su parte se sumaban a un elenco de medidas ya adoptadas. Entiende que ello fue tenido en cuenta por el Auto recurrido en su motivación llegando a considerar debidamente ejecutada la Sentencia.

Indica que no existe prueba alguna aportada por la actora que acredite la existencia de los olores que refiere en el domicilio de la recurrente tras la instalación del oxidador térmico añadiendo que no existe desde entonces ni en todos estos años, denuncia alguna por la existencia de los olores salvo los escritos solicitando al Juzgado el pago de la indemnización.

Tampoco, considera que no existe prueba suficiente que permita acreditar la existencia de estos olores ni en su escrito oponiéndose al incidente de ejecución y en los aportados ad hoc con el recurso de apelación. Arguye que por el **Ayuntamiento** se han adoptado las medidas tendentes a evitar los olores y a su vez, la instalación del oxidador términos fue la medida solicitada incluso por el perito de la parte actora. Entiende que pese a



los informes técnicos aportados *ex novo* en esta alzada no se acredita la existencia de olores en el domicilio de la actora.

3.- Sobre los informes aportados por la actora en el recurso de apelación. La ejecutante comienza indicando que son informes nuevos, no aportados en el incidente de oposición a la ejecución y que por ello no deben ser tenidos en cuenta.

A su vez sobre el primero de los informes aportados en esta apelación entiende que el mismo no desvirtúa lo dispuesto en el Auto. Dicho informe fija la fecha de cumplimiento de la resolución judicial en otro momento diferente al Auto recurrido, que atendiendo a la prueba practicada fija la fecha de cumplimiento en la fecha que considera oportuna, febrero de 2019.

Sobre el segundo de los informes aportados considera que el mismo no solo debe inadmitirse atendiendo al momento en que se presenta si no que es inhábil para el fin pretendido pues no acredita la existencia de olores en el domicilio de los recurrentes, tomándose muestras en las cercanías de la fábrica, pero nunca en el domicilio de los mismos.

Cita a su vez, Jurisprudencia de esta Sala sobre las limitaciones del recurso de apelación cuando tiene por objeto revisar la valoración de la prueba realizada por el Juez de instancia, cita la STSJ Murcia de 12 de febrero de 2021 y de 10 de octubre de 2016 indicando que solo procederá efectuar una nueva valoración si la misma es ilógica o irracional, con cita de copiosa Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

4. -Indemnización. Considera que no cabe fijar una nueva indemnización por parte del Juzgado ni de la Sala pues tal y como consta en Autos, las indemnizaciones han sido debidamente pagadas por el **Ayuntamiento** hasta el momento en que se interesó la ejecución de la Sentencia dictada que a la postre, se ha considerado ejecutada por la resolución judicial que hoy nos ocupa.

CUARTO.- Documental aportada junto con el recurso de apelación por la actora. Inadmisión.

Hemos de comenzar señalando que la parte recurrente aporta en Apelación doc. documentos o pericias relativas a la posible o no existencia de olores en las viviendas de los demandados y tras aducir que en primera instancia no se admitieron a trámite las citadas pruebas, solicita que se reciba el procedimiento a prueba en esta instancia.

La Sala no admite lo anterior.

En primer lugar, hemos de comenzar resaltando que las pericias que se aportan en esta apelación no se corresponden con la única pericia que aportaba como Doc. 8 en su escrito de oposición a la ejecución por la actora. El informe de verificación de malo olores se encontraba fechado en el 31 de enero de 2020 mientras que el aportado ahora, es de fecha posterior al auto recurrido, 24 de marzo de 2021. Del mismo modo, el informe de valoración técnica de la documental aportada es de fecha 23 de marzo de 2021, también de fecha posterior al Auto recurrido.

Los mismos no pueden ser tenidos en cuenta en esta instancia, pues el objeto de la apelación es constatar si la resolución recurrida es ajustada a derecho atendiendo a la prueba obrante en el momento de dictarse la citada resolución y no, teniendo en cuenta prueba posterior, que no pudo ser valorada por el Juez de instancia y que desvirtuaría como tal el sentido de la apelación convirtiéndola de facto en una primera instancia.

En consecuencia, no se tendrán en cuenta los informes ya referidos al suponer su aportación a Autos una infracción del artículo 85.3 LJCA pues no se tratan de pruebas ni inadmitidas ni indebidamente practicadas, si no que se trata de pruebas nuevas.

QUINTO.- Inexistencia de Auto admitiendo la prueba aportada en la primera instancia. Ausencia de indefensión.

No comparte la Sala la aseveración de la recurrente al indicar que no constando Auto en la primera instancia que admitiera las pruebas practicadas, se le ocasiona indefensión.

En primer lugar, hemos de señalar que la actora no solicitó en su escrito de oposición a la ejecución que se practicara ratificación pericial alguna en Sala o declaración de testigos o parte, limitándose a aportar la documental y pericia que allí consta (actas de la policía local y un informe de 31 de enero de 2020).

Consta en el procedimiento una Diligencia de ordenación de 12 de enero de 2021 indicando que los Autos quedaban pendientes de resolver por la juzgadora de instancia y a su vez, consta una providencia de 14 de enero de 2021 en la que se indicaba que con carácter previo a resolver se aportara por el **Ayuntamiento** cierta documental.



Ninguna de estas resoluciones, por más que se indicaba que eran previas a resolver de fondo, fue recurrida por la actora solicitando que se resolviera expresamente sobre su prueba aportada.

Además de lo anterior, lo cierto es que el Auto recurrido recoge con suficiencia la documental que fue aportada por la hoy apelante en su escrito de oposición a la ejecución.

En conclusión, si tenemos en cuenta que no es obligatorio la apertura del procedimiento de ejecución a prueba como indica la recurrente, si a pesar de saber que el Juzgado iba a resolver sobre la cuestión litigiosa sin el dictado del citado Auto de admisión a prueba y a pesar de ello no se instó al Juzgado a pronunciarse sobre su admisión o no y si a pesar de todo esto, incluso el Auto recurrido tiene en cuenta las pruebas aportadas por la actora respecto de las que nunca se interesó su ratificación (fundamento de derecho segundo), solo procede concluir que no hubo indefensión de ningún tipo a la misma, desde el momento en que las pruebas que aportó en la instancia fueron examinadas en su integridad por la resolución recurrida, teniéndose en consecuencia por admitidas.

SEXTO.- Fondo de la controversia.

Sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta la documental obrante en el procedimiento y la que fue aportada por la recurrente (apelante) en la instancia y no la aportada *ex novo* en esta sede por tratarse de una pericial novedosa y de fecha posterior a la resolución recurrida que no llega a ser ni prueba indebidamente denegada ni indebidamente practicada, consideramos que procede confirmar la resolución de instancia.

La citada resolución se centra en señalar que los olores deben haber cesado por las medidas llevadas a cabo por el **Ayuntamiento** que recoge en su fundamento tercero, llegando a indicar que el oxidador término estaba en funcionamiento desde el 20 de febrero de 2019.

Para sostener su oposición a tener por ejecutada la Sentencia que nos viene ocupando, por la actora se aportaron en la instancia 9 documentos de los que las 7 actas de la policía local aportadas y con las que pretende hacer ver que seguían habiendo olores, a nuestro entender no tienen el efecto que pretende la parte.

Así, todas salvo dos, son dictadas en fecha anterior a la fecha en que la resolución recurrida consideraba en funcionamiento el oxidador térmico, por lo que ningún efecto producen.

A su vez es de añadir que muchas de las actas no aportadas recogen que no hay olores en las viviendas de los interesados. Pero lo verdaderamente relevante es que todas las actas son emitidas por la policía local personándose en el domicilio de los Sres. Lucas y Marino, que no son los demandantes. Por ello, las aseveraciones contenidas en las mismas sobre la existencia de olores no son trasladables a la vivienda de los actores, amén de que, como decimos, son casi en su integridad de fecha anterior al funcionamiento del oxidador término.

Centrándonos en el informe de 31 de enero de 2020, consta en el mismo como utiliza el protocolo FIDO para constatar si existen olores o no de carácter perjudicial.

Sobre el citado informe comenzar señalando que el mismo en su resumen ejecutivo señala haber tomado medidas de olores en "dos viviendas del entorno" sin que se constate que las mismas son o no de los ejecutantes.

A su vez, hemos de advertir que los resultados reflejados en el mismo, se desconoce si son del interior de las viviendas de los ejecutantes o del exterior de las mismas. Examinado el Anexo IV relativo a las hojas de campo de las mediciones olfatométricas se constata que en el mismo consta formulario de olfatometría de campo, añadiendo olores en aire interior y exterior. En dicha documental, no existe indicación alguna a si los valores tomados son del interior o exterior de las viviendas, constando siempre el margen de observaciones en blanco, y siendo de recordar que la ejecución de la Sentencia se refería a la existencia de olores en el interior de las viviendas de los actores. Esta medición no consta.

A su vez, en los citados formularios, margen inferior constan comentarios del emisor del informe. En los mismos nunca se hace constar si la medición es del interior o del exterior de las viviendas si no que solo se reflejan aspectos relativos al funcionamiento de ASSA, tales como si tiene las puertas abiertas o si hay ruidos de radiales o descarga de tanques.

Entendemos importante este matiz y ello pues incluso en caso de dar virtualidad el protocolo FIDO, se desconoce si las mediciones obrantes en las hojas de campo se corresponden con el interior de la vivienda por lo que se desconoce si la aplicación de la tabla obrante al fol. 8 de la pericia aportada por la actora es ajustada a derecho.



Frente a ello, la Sala, en consonancia con la parte recurrida entiende que por el **Ayuntamiento** se han llevado a cabo las actuaciones tendentes a garantizar la inexistencia de olores, olores en el interior de la vivienda de los actores respecto de los que no existe prueba fehaciente.

Comenzaremos indicando que la Sentencia de esta Sala 344/2018 desestimó el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia 54/2017 en que se resolvía una nueva reclamación por otros propietarios por olores también por inactividad del **Ayuntamiento** de **san Pedro del Pinatar**.

Consta en la ejecución, aportado por el **Ayuntamiento** recurrente fechado el 22 de enero de 2019 el acuerdo del **ayuntamiento** para dar cumplimiento a esta Sentencia que como decimos (y como indicaba la propia Sentencia de esta Sala es un asunto idéntico al que nos ocupa hoy). Pues bien, en ejecución de esta resolución se adoptó como medida a propuesta de los ejecutantes el establecimiento de un oxidador térmico que realizara una "cremación" de las emisiones al menos a 800 grados centígrados durante un segundo y medio.

Consta en el procedimiento que nos ocupa, que el oxidador instalado no solo cumplía lo pretendido entonces por los ejecutantes (para un supuesto idéntico y otros afectados) si no que además efectuaba una actuación de cremación a 850 grados durante dos segundos, es decir tenía más capacidad que el propuesto.

Consta en Autos la debida instalación del citado oxidador y la fecha de su funcionamiento, aspectos estos certificados por el **Ayuntamiento** y por la propia instaladora. No consta como decimos, tras su instalación la existencia de informes policiales que acrediten la existencia de olores en la casa de los recurrentes.

Todo ello, unido a la insuficiencia de la pericia aportada por la Actora junto con su escrito de oposición a la ejecución de Sentencia de fecha 1 de diciembre de 2020, permite considerar a la Sala en consonancia con el Auto recurrido que la Sentencia dictada se encuentra debidamente ejecutada por lo que procede desestimar el recurso de apelación, añadiendo ya por último, que es el criterio seguido por esta Sala en nuestra Sentencia firme de 2 de febrero de 2022 dictada en el rollo de apelación 128/2021 que confirmaba la ejecución de una Sentencia dictada por olores respecto de otros perjudicados en el mismo ámbito territorial.

SÉPTIMO.- Costas.

Consideramos procedente, de conformidad con el artículo 139.2 LJCA que a pesar de haber visto desestimadas sus pretensiones la parte recurrente, cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad pues atendiendo a la complejidad de la controversia, lo dilatado en el tiempo de la misma desde el año 2010, la extensa documental obrante en Autos susceptible de ser examinada y en consonancia con la Sentencia de instancia, no procede la imposición de las mismas a la recurrente.

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

FALLAMOS

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Esmeralda y DON Victorio, contra el **Auto de 1 de marzo de 2021 dictado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 1 de Cartagena en el incidente de ejecución de Sentencia seguido bajo el número 20/2011** que confirmamos íntegramente al ser ajustado a derecho debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad de esta instancia.

La presente sentencia es 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 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.