

RECURSO CASACION núm.: 1878/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 1516/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 31 de octubre de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación que con el número 1878/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca (en adelante F.E.Hotelera), representada por el procurador D. Jacinto Gómez Simón y defendida por el Letrado D. Alfredo Gómez-Acebo Dennes, contra sentencia de 5 de abril de 2016, dictada en el recurso número 246/2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Illes Balears, que estima el Recurso contra el Acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Pleno del Ayuntamiento de Andratx (Mallorca), por la que se aprueba la Ordenanza municipal reguladora de Ruidos y Vibraciones, siendo parte recurrida la Asociación de Constructores de Baleares (A. Constructores), representada por la procuradora Dña. Valentina López Valero y defendida por el letrado D. Andrés Moll Linares.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Illes Balears se ha seguido Recurso contencioso-administrativo 246/2014, promovido por la procuradora Dña. Valentina López Valero en nombre y representación de Asociación de Constructores de Baleares (A. Constructores), contra el Acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Pleno del Ayuntamiento de Andratx (Mallorca), por la que se aprueba la modificación de la Ordenanza municipal reguladora de Ruidos y Vibraciones.

SEGUNDO.- La sentencia de 5 de abril de 2016 contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

«Declaramos no ser conforme a derecho y nulo el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Andratx, adoptado en sesión celebrada el 27 de marzo de 2014, por el que se aprobaba la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza Municipal Reguladora de Ruidos y Vibraciones».

TERCERO.- Notificada la anterior resolución, F.E.Hotelera, presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del T.S.J. de Baleares, preparando el recurso de casación contra la misma. La Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo en el plazo de treinta días.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones y el expediente administrativo ante este Tribunal, la parte recurrente se personó ante esta Sala y formuló escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto el recurso de casación contra la referida sentencia y que previos los trámites legales la Sala dicte sentencia: «[...] tener por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE CASACION contra la

Sentencia de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares en el Procedimiento Ordinario 264/2014, para que por la Sala del Tribunal Supremo a la que me dirijo se dicte sentencia estimándolo, casando la sentencia recurrida, y estime las pretensiones ejercitadas por esta parte en el Recurso contencioso-administrativo de instancia».

QUINTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación, por esta Sala se emplazó a las partes recurridas para que en el plazo de treinta días formalizaran su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma la A. Constructores.

La procuradora Dña. Valentina López Valero en nombre y representación de A. Constructores presentó escrito impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte en su día dicte sentencia: «desestimándolo y confirmando íntegramente la calendada sentencia, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente».

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 9 de octubre del presente 2019, fecha en la que se celebró, continuándose la deliberación hasta el 22 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este recurso es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Illes Balears (TSJ balear), de fecha 5 de abril de 2016, estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación de Constructores de Baleares (A. Constructores) contra el Ayuntamiento de Andratx y la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca (FE Hotelera), por la que se declara nulo el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de marzo de 2014, de aprobación de la modificación del artículo 23.3 de la Ordenanza Reguladora de Ruidos y Vibraciones.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen del recurso interpuesto contra dicha sentencia por la FE Hotelera, y de la oposición al mismo por la A. Constructores, procede exponer algunos extremos del presente asunto:

Uno.- Sobre el recurso ante el TSJ balear de la A. Constructores.

Al folio 9 del recurso 246/2014 seguido ante el TSJ balear, la representación procesal de la A. Constructores aporta, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 45.2.d LJCA, certificación del acta del Comité ejecutivo de la misma de 8 de mayo de 2014, en la que figura: «El Comité Ejecutivo acuerda, por unanimidad, la interposición de un recurso contencioso-administrativo frente al Ayuntamiento de Andratx, por la aprobación definitiva del precepto que, en la ordenanza municipal reguladora de ruidos y vibraciones, contempla la prohibición de ejecutar obras que precisen la utilización de picadoras, en los meses de julio y agosto». Y así lo recoge la sentencia impugnada en su Fundamento de Derecho Primero: «Con el escrito de interposición del presente contencioso, se ha aportado la certificación del acuerdo adoptado para interponerlo, en concreto por el Comité Ejecutivo de la Asociación de Constructores de Baleares en sesión celebrada el 8 de mayo de 2014».

No obstante esta clara precisión de lo que debe ser el objeto del recurso, en la demanda del mismo por la A. Constructores, la representación procesal de dicha asociación manifiesta su discrepancia con la totalidad de la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza en cuestión (folios 132 a 141). Alegación que contesta el demandado Ayuntamiento de Andratx, (folio 161), y la FE Hotelera impugna en su contestación el apartado referido a los meses de julio y agosto, aunque no señala extralimitación por la representación procesal de la A. Constructores del encargo recibido. (folios 169 a 192). En la sentencia impugnada, se refiere la misma a la totalidad del art. 23.3 de la Ordenanza.

Consecuencia de lo expuesto, es que el debate jurídico planteado debería haberse limitado al apartado a) del art. 23.3 de la Ordenanza: «como excepción a esta regla general, el horario de las máquinas picadoras será el siguiente: a) En los meses de julio y agosto, no se podrán usar máquinas picadoras, sin que esto implique la

prohibición de obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, que podrán ejecutarse en el horario de trabajo, pero sin el uso de las mencionadas máquinas».

La limitación de la utilización de máquinas picadoras «b) en los meses de mayo, junio, septiembre y octubre, de lunes a viernes, de 9.30 a 18 horas), y «c) en el resto de los meses, se aplicará el horario de trabajo general», no debería haberse examinado en el proceso, pero no oponiéndose a su examen las partes y pronunciándose sobre la totalidad del artículo 23.3 de la Ordenanza la sentencia, en este trámite de casación no puede esta Sala corregir esta ampliación consentida y resuelta respecto del encargo expresado por la recurrente inicial, A. Constructores.

Dos.- La A. Constructores solicitó «la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad del acuerdo impugnado, en tanto su aplicación conlleva la prohibición de ejecutar cualquier obra en la que se requiera la utilización de máquinas picadoras». Es decir, en el escrito teniendo por interpuesto el recurso ante el TSJ balear, (folios 1 y 2), se refiere a la prohibición durante dos meses de usar máquinas picadoras.

A lo expuesto antes en el apartado uno, se completa con esta solicitud, las vacilaciones sobre el objeto del recurso contencioso-administrativo.

Por auto de 22 de octubre de 2014, se deniega la suspensión solicitada. (folios 121 a 128). En consecuencia, la limitación de horario total en los meses de julio y agosto lleva en vigor desde hace cinco años.

y Tres.- El Pleno del Ayuntamiento de Andratx aprobó el 5 de noviembre de 2014 (BOIB núm. 6 de 14 de enero de 2014), inicialmente la modificación de la Ordenanza Reguladora del Ruido y las vibraciones, con la siguiente redacción del art. 23.3: «El horario de trabajo deberá estar comprendido entre las 8 y las 18 horas de lunes a viernes, y entre las 10 horas y las 18 horas los sábados. Como excepción a dicha norma general, el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente:

- a) En los meses de julio y agosto, de lunes a viernes, de 9:30 a 13:30 horas.
- b) En los meses de mayo, junio, septiembre y octubre, de lunes a viernes, de 9:30 a 18 horas.
- c) En el resto de meses, se aplicará el horario de trabajo general».

Sometido dicho acuerdo a información pública, la A. Constructores formuló alegaciones ajenas a este art. 23.3 en cuanto al uso de las máquinas picadoras. Es decir, la A. Constructores no manifestó discrepancia alguna sobre el término «máquinas picadoras».

La FE Hotelera sí presentó alegaciones sobre este art. 23.3 en relación al uso de las máquinas picadoras, que fueron estimadas parcialmente, en el sentido de proponer el no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, y alegar para la reducción hasta las 13'30 horas del horario en los meses de mayo, junio, septiembre y octubre. (folio 702 del expediente administrativo).

El 27 de marzo de 2014, y tras resolver sobre las alegaciones presentadas, el Pleno del Ayuntamiento, por unanimidad, aprobó la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza (folios 705 y 706 del Expediente Administrativo), en la redacción siguiente. «El horario de trabajo deberá estar comprendido entre las 8 y las 18 horas de lunes a viernes, y entre las 10 horas y las 18 horas los sábados.

Como excepción a dicha norma general, el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente:

- a) En los meses de julio y agosto, no se podrán usar máquinas picadoras, sin que esto implique la prohibición de obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, que podrán ejecutarse en el horario de trabajo, pero sin el uso de las mencionadas máquinas.
- b) En los meses de mayo, junio, septiembre y octubre, de lunes a viernes, de 9'30 a 18'00 horas.
- c) En el resto de meses, se aplicará el horario de trabajo general».

Y así fue publicado en el BOIB núm. 49, de 10 de abril de 2014.

TERCERO.- En el recurso contencioso ante el TSJ balear, la A. Constructores alegó sobre la totalidad del art. 23.3 de la Ordenanza publicada, (folio 138 del TSJ balear), en su escrito de demanda.

En su contestación, el Ayuntamiento, (folios 150 a 163), solicitó la desestimación del recurso, previas las alegaciones que estimó pertinentes.

La FE Hotelera, en su contestación a la demanda, alegó lo que estimó procedente, solicitó la desestimación del recurso y como Anexo 1 (folio 182 de su escrito, que se extiende del folio 167 al 194), mencionó un listado de máquinas picadoras (folios 195 al 202), con especificaciones técnicas de potencia y ruido: Trituradoras de Hormigón y martillo percutor de motorizados de volvo; martillo eléctrico picador de Walt; martillo picador Makita; martillo percutor demoledor de Bosch; martillo percutor motorizado de Atlas Copco; martillo percutor de Bosch; taladro para roca; Long-hole drilling rig de Atlas copco; martillo hidráulico manual y martillo hidráulico Brokk.

En el trámite de prueba, la recurrente, A. Constructores, solicitó (folio 141), una certificación municipal sobre la inscripción en el Registro de Asociaciones de la FE Hotelera, y una testifical del Presidente del Colegio de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de Edificación.

El Ayuntamiento solicitó prueba (folio 162), expresando: «DOCUMENTAL PÚBLICA, consistente en que por el Sr. Secretario de la Corporación se expida certificación en la que consten los extremos siguientes:

- a) Sobre cuál es el horario general que regula la Ordenanza objeto de recurso.
- b) Sobre si la Ordenanza, en su artículo 23.3, prohíbe expresamente la ejecución de obras.
- c) Sobre si la Ordenanza, en su artículo 23.3, limita el horario de uso de máquinas picadoras en determinados períodos anuales.

Sobre si por el Ayuntamiento de Andratx se ha declarado zona turística todo el término municipal y, por consiguiente, es de aplicación lo dispuesto en la Ordenanza impugnada».

Y la FE Hotelera propuso, folio 193, la siguiente prueba: «[...] vengo a solicitar el recibimiento del presente proceso a prueba. En virtud de lo dispuesto en el citado artículo, los puntos de hecho sobre los que ha de versar la misma son:

- 1.- La inexistente prohibición del ejercicio de la actividad de edificación.
- 2.- La limitación de horarios para el uso de máquinas picadoras.

A los anteriores puntos de hecho y como medios de prueba sobre aquellos y sobre el fondo de la presente controversia, se propone la documental obrante en el expediente administrativo y la contenida en el presente escrito de contestación a la demanda.

En su virtud, SUPLICO A LA SALA que tenga por recibido el presente procedimiento a prueba, y por expresados los puntos de hecho sobre los que debe versar la misma, así como

por reproducidos los documentos que figuran en el expediente administrativo y demás documentos aportados junto a la presente demanda».

Por auto de 23 de marzo de 2015, se aceptó la prueba solicitada por el Ayuntamiento y la FE Hotelera, sobre los puntos de hecho señalados. Y se denegó el recibimiento a prueba a la recurrente por no expresar los hechos a prueba. Recurrido en súplica (sic) por la A. Constructores dicha resolución, por Auto del TSJ balear de 24 de abril 2015, y dado que «el recurso es trámite hábil para la subsanación, entendemos que la recurrente ha subsanado con las explicaciones ofrecidas en el recurso». Y acuerda «recibir el juicio a prueba a solicitud de la demandante sobre si la codemandada está inscrita y sobre la definición de máquina picadora».

Se practica la prueba con el resultado que obra en el recurso 246/2014 del TSJ balear, folios 232 a 281, incluido un CD.

Y en conclusiones las partes, tras analizar las pruebas practicadas, insisten en sus alegaciones: Para la A. Constructores, la recurrente, (folios 282 a 290), el no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, supone la prohibición de iniciar obras de edificación en dichos meses, lo que supone una prohibición de la actividad constructora en lo referente a desmontes, despeje, movimientos de tierras, excavación y apertura de zanjas. Y la limitación de uso de las máquinas picadoras en el resto de los meses, lo estima vulnerador del art. 48.1 de la Ley 1/2007, por lo que también debe ser declarado nulo.

Para la FE Hotelera, (folios 294 al 308) no existe prohibición sino limitación del uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, explica tras la prueba cuáles son las máquinas picadoras, que se usan en la primera fase del proceso constructivo, por lo que no se prohíbe la actividad de edificación.

Y el Ayuntamiento analiza la prueba practicada e insiste en que la Ordenanza no prohíbe «las obras edificaciones y trabajos en la vía pública» en julio y agosto, sino que no se podrán utilizar en dichos meses máquinas picadoras.

En fecha 5 de abril de 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ balear dicta sentencia estimatoria del recurso interpuesto por la A. Constructores, que es el objeto de impugnación ante esta Sala por la FE Balear, y que será analizado seguidamente así como la oposición al mismo de la A. Constructores.

CUARTO.- El primer motivo del recurso, «Del recurso de casación y sus formalidades: Juicio de Relevancia e interés casacional», no puede tener la consideración de verdadero motivo de casación, pues su objeto es manifestar el cumplimiento de las formalidades exigibles para la admisión del recurso en su conjunto, Auto de la Sección Primera de esta Sala del 15 de diciembre de 2016, en este recurso número 1878/2016.

QUINTO.- Como segundo motivo, al amparo del artículo 88.1.c LJCA, se alega «incongruencia y falta de motivación, infringiendo lo dispuesto en el art. 218.1 LEC». Y como tercer motivo, la FE Hotelera recurrente, también al amparo del artículo 88.1.c LJCA, alega «falta de motivación e indefensión, infringiendo lo dispuesto en el art. 218.2 LEC y 24.1 CE».

Dada la estrecha vinculación entre ambos motivos, procede su examen conjunto.

La recurrente expresa su disconformidad con la no valoración de la prueba, en especial las máquinas picadoras, sus características y su uso en la actividad de construcción y la distinción entre limitación y prohibición reiterando que estos extremos, no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, «haciendo caso omiso», la sentencia ha obviado todo análisis y valoración de la prueba. Y afirma: «lo que se ha producido aquí es una ausencia de valoración y práctica de la prueba, que debe incardinarse por tanto como el motivo de casación del artículo 88.1.c LJCA,» insistiendo en la falta de motivación de la sentencia y la indefensión ocasionada.

La recurrida A. Constructores se opone al recurso alegando que la misma contiene «argumentación coherente, racional, lógica» que necesariamente

debe finalizar con el fallo que contiene. Y cita diversas sentencias del TSJ balear sobre el tema en recursos planteados por la A. Constructores, y estima que la prueba se desarrolló correctamente.

En primer lugar, el art. 218 LEC establece:«1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Según se ha reflejado antes en el Fundamento de Derecho Tercero, la prueba practicada, documental y testifical, ante el TSJ balear tuvo por objeto «la definición de máquinas picadoras» (A. Constructores demandante, y demandados), y los efectos de las limitaciones de uso de dichas máquinas, por todas las partes del proceso.

La sentencia impugnada no menciona la prueba practicada ni su objeto en ningún momento, tampoco su valoración. Transcribe el RD 212/2002, sobre máquinas al aire libre, arts. 2, 6, 11, 12 y la Disposición Adicional única en cuanto la reglamentación de las máquinas sujetas a límites de potencia acústica y únicamente sujetas a marcado de emisión sonora, artículos 11 y 12 respectivamente, y transcribe el Anexo XI, «máquinas sujetas a límites de potencia acústica a las que se refiere el art. 11 y el cuadro de valores límite de:

- Máquinas compactadoras (rodillos vibrantes, planchas y apisonadoras vibratorias).
- Topadoras, cargadoras y palas cargadoras sobre orugas.

- Topadoras, cargadoras y palas cargadoras sobre ruedas, motovolquetes, niveladoras, compactadoras de basura tipo cargadoras, carretillas elevadoras en voladizo accionadas por motor de combustión, grúas móviles, máquinas compactadoras (rodillos no vibrantes), pavimentadoras, generadores de energía hidráulica.
- Montacargas para el transporte de materiales de construcción, tornos de construcción, motoazadas.
- Trituradores de hormigón y martillos picadores de mano.
- Grúas de torre
- Grupos electrógenos de soldadura y de potencia
- Motocompresores
- Cortadoras de césped, máquinas para el acabado del césped/recortadoras de césped».

Igualmente transcribe el Anexo XII, referido a máquinas sujetas únicamente a marcado de emisión sonora, a las que se refiere el art. 12, que son:

- «Plataformas elevadoras con motor de combustión.
- Desbrozadoras.
- Montacargas para el transporte de materiales de construcción (con motor eléctrico).
- Sierras de cinta para obras.
- Sierras circulares de mesa para obras.
- Sierras de cadena portátiles.
- Máquinas compactadoras (únicamente apisonadoras de explosión).
- Hormigoneras.
- Tornos de construcción (con motor eléctrico).
- Máquinas de distribución, transporte y rociado de hormigón y mortero.
- Cintas transportadoras.
- Equipos de refrigeración en vehículos.
- Equipos de perforación.
- Equipos de carga descarga de cisternas o silos en camiones.
- Contenedores de reciclado de vidrio.
- Máquinas para el acabado de la hierba/recortadoras de hierba.
- Recortadoras de setos.
- Baldeadoras de alta presión.
- Máquinas de chorro de agua de alta presión.
- Martillos hidráulicos.
- Cortadoras de juntas.

- Sopladores de hojas.
- Aspiradores de hojas,
- Carretillas elevadoras en voladizo accionadas por motor de combustión (únicamente las otras carretillas elevadoras en voladizo que se definen en el segundo guión del punto 36 del anexo I, con una potencia nominal no superior a 10t)
- Contenedores de basura móviles.
- Pavimentadoras (equipadas con guía para alta compactación).
- Equipo de manejo de pilotes.
- Colocadores de tuberías.
- Tractores oruga para nieve.
- Grupos electrógenos (> = 400 kW).
- Barredoras mecánicas.
- Vehículos recogebasuras.
- Flexadoras para carretera.
- Escarificadores.
- Trituradoras/astilladoras.
- Máquinas quitanieves con herramientas giratorias (autopropulsadas, con exclusión de los accesorios).
- Vehículos aspiradores.
- Zanjadoras.
- Camiones hormigonera.
- Equipos de bomba de agua (no sumergibles).

Y a continuación, la sentencia afirma: «sobre la base, pues de los principios de libre circulación y de uso o utilización de las máquinas definidas en el Anexo I y reuniendo ésta los requisitos del art. 6 del RD 212/2002...» El anexo I, «Definiciones de máquinas» que no se ha transcrito, y comprende 57 máquinas, entre ellas cortadoras de césped (32), soplador de hojas (34), tractor oruga para nieve (44), equipo electrógeno de soldadura (57), y el resto de las máquinas mencionadas en el anexo I. Y tras la cita transcrita, sigue la sentencia afirmando «De acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Única, cabe la reglamentación de su uso en zonas que se considere sensibles, esto es, cabe, como máximo, "incluso" dice la disposición, limitar las horas de funcionamiento, pero no es posible jurídicamente ir más allá [...]»

Y tras transcribir el art. 6 de la CAIB 1/2007, en la redacción dada por la ley 6/2009 y el Decreto-Ley 3/2009, y el art. 48 de la ley CAIB 1/2007, concluye: «En consecuencia, no sólo es que la facultad prevista en el art. 10 de la ley CAIB

1/2007 tenga el alcance antes señalado, sino que, aunque alcanzase la actividad como la del caso, esto es, la actividad, en resumen, de edificación, debería tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48 de la Ley CAIB 1/2007, tampoco cabe que se prohíba la actividad sino que únicamente sería posible la limitación de horario».

Es decir: En ningún punto de la sentencia se trata la definición de máquinas picadoras; en ningún punto se trata los efectos de las limitaciones de uso de dichas máquinas; en ningún punto de la sentencia se recoge que todo el término del municipio de Andratx, por la Ordenanza en cuestión, está declarado zona turística, y en ningún punto de la sentencia se razona acerca de la limitación de uso de las máquinas picadoras que «tenga el alcance a la actividad de edificación». Y a este respecto, debe recordarse admitida como prueba la documental de la recurrida ante el TSJ balear, sobre las máquinas picadoras y su potencia y niveles, y las alegaciones acerca de su uso limitado a la primera fase del proceso de edificación. Igualmente, el expreso reconocimiento por la recurrente ante el TSJ balear, la A. Constructores, de los efectos de la limitación de las máquinas picadoras a la «fase de desmontes, despejes, movimientos de tierras, excavación y apertura de zanjas», (folio 283), y no a la edificación en general.

La sentencia de la Sala de instancia, al omitir toda mención a la prueba, a las máquinas picadoras y su utilidad en las fases del proceso constructivo, ha incurrido en falta de motivación y como consecuencia de ello en indefensión. En la sentencia no hay motivación, pues las genéricas referencias a todas las máquinas incluidas en los anexos I, XI y XII del Real Decreto, y a su uso en la actividad de edificación, y la pretendida justificación en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Tercero, «tampoco cabe que se prohíba la actividad (de edificación) sino que únicamente sería posible la limitación de horario», no puede aceptarse como justificación, al no recaer sobre un razonamiento motivado y concreto, tras un análisis de las pretensiones de las partes, de la prueba practicada y del precepto concreto de la Ordenanza. *Error in iudicando.*

Los dos últimos párrafos de la sentencia impugnada, que constituyen el «juicio» del caso, son trasunto de los párrafos finales de la sentencia 280/2012, de la misma Sala, a la que se remite la sentencia impugnada.

«Asimismo, resulta oportuno referir que en la sentencia constitucional 82/2009, de 23 de marzo -que se reproduce sustancialmente en la sentencia 50/2014, de 7 de abril-, se declara que "el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión». (Sentencia de esta Sala de 11 de septiembre de 2015, rec. 228/2013).

Por lo antes expuesto, procede la estimación de ambos motivos, sin necesidad de examinar el motivo cuarto y último, invocando al amparo del artículo 88.1.d LJCA.

SÉXTO.- Estableciendo así que la sentencia recurrida debe ser casada, procede resolver «lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate» según dispone el art. 95.2.d) LJCA (Sentencia de esta Sala de 24 de abril de 2013, rec. 4804/2009).

La competencia municipal para regular sobre el ruido mediante ordenanza es algo pacífico como afirma la sentencia impugnada en su Fundamento de Derecho Primero.

La tramitación de la modificación de la Ordenanza en cuestión tampoco es polémica, pues fue objeto de información pública y alegaciones, ex artículo 49.b de la ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, antes de su aprobación por el Pleno.

En relación a las llamadas «máquinas picadoras» son las aportadas en la contestación a la demanda por la FE Hotelera, con expresión de sus potencias y niveles, prueba documental admitida por la Sala del TSJ balear expresamente en el trámite probatorio.

En cuanto a la incidencia del ruido de dichas máquinas picadoras concretas, debe recordarse:

La Directiva 2000/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre, dispone, en el apartado 15 de su exposición, que para proteger a los ciudadanos de una exposición a ruidos irrazonablemente, (como los producidos por las máquinas picadoras), «los Estados miembros deben ser capaces de limitar, de acuerdo con las disposiciones del Tratado, el uso de máquinas en el medio ambiente», regulando así una materia dispersa en nueve Directivas anteriores: La Directiva 79/113/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978; la Directiva 84/532/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/533/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/534/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/535/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/536/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/537/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; la Directiva 84/538/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1984; y, en fin, la Directiva 86/662/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986.

Esta Directiva 2000/14/CE fue trasladada a nuestro Derecho interno por el Real Decreto 212/2002, de 22 de febrero, por el que se regulan las emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre que los anexos del RD determinan.

A su vez la Directiva 2002/49/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, ha sido objeto de trasposición en nuestra Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido.

La Ley CAIB 1/2007, de 16 de marzo, contra la contaminación acústica de Illes Balears, conforme al art. 11.7 de la LO 2/1983, de 25 de febrero, por

la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, y el artículo 149.1.23 CE, tras la Directiva 2002/49/CE y su trasposición a la Ley 37/2003, y el Decreto CAIB 20/1987, vigente en el momento de la Ordenanza.

SÉPTIMO.- Expuesta la legislación aplicable, las máquinas picadoras son las que aparecen en el Anexo I del RD 212/2002 como trituradores de hormigón y martillos picadores de mano (nº 10), equipos de perforación (nº 17); martillos hidráulicos (nº 26), estableciendo el anexo III el método de medición del ruido aéreo emitido por las máquinas de uso al aire libre, máquinas picadoras y otras, y el anexo XI y XII, recogidos en la sentencia, y que acreditan los muy altos niveles de potencia acústica y de emisión sonora de las máquinas picadoras concretas antes mencionadas con los números citados.

Como dice la sentencia de esta Sala de 27 de noviembre de 2011, (rec. 6964/2005), en su Fundamento de Derecho Sexto: [...]conviene tener presente que esta forma actual de contaminación --de carácter acústico-- pone en riesgo una serie de derechos, incluidos o bien como derechos fundamentales del capítulo II (sección 1ª) a la intimidad personal y familiar --artículo 18.1--, o bien como principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I de la CE, como la protección de la salud --artículo 43-- y el medio ambiente --artículo 45-- que demandan una interpretación de las normas invocadas a la luz de los mencionados derechos.

De modo que este tipo de contaminación constituye un grave problema ecológico en Europa, y en el que subyace una fuerte presencia de los intereses generales. Sólo a estos efectos, no está de más recordar que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de noviembre de 2004 (nº 4143/2002), aunque relativo a ruidos de distinta procedencia de los que regula la ordenanza impugnada en esta instancia, se declaró la vulneración del artículo 8 del CEDH por infracción del derecho a la vida familiar». Por tanto, las limitaciones de uso de las máquinas picadoras, establecidas en la Ordenanza en cuestión son correctas y justificadas en las normativas citadas en el Fundamento de Derecho Sexto.

En relación a las concretas limitaciones tras la aprobación de la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza: «El horario de trabajo ha de estar comprendido entre las 8 y las 18 horas de lunes a viernes entre las 10 y las 18 horas los sábados.

Como excepción a esta regla general, el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente:

Uno.- «a) En los meses de julio y agosto no se podrán usar máquinas picadoras, sin que esto implique la prohibición de obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, que podrán continuar ejecutándose dentro del horario de trabajo, pero sin el uso de las mencionadas máquinas».

Esta norma de la Ordenanza no prohíbe la actividad de edificación, y expresamente así lo dice el precepto. Afecta la limitación de uso de las máquinas picadoras a una fase, la inicial de un proceso de edificación, pero no a «la actividad de edificación», y durante dos meses.

Se trata del no uso de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, meses de intensa actividad turística en un municipio declarado todo su término zona turística. No es una prohibición de la actividad de edificación durante dos meses.

La DA única del RD 212/2002 traslada al Derecho interno el primer párrafo del art. 17 de la Directiva 2000/14/CE: «Las disposiciones de la presente Directiva no obstarán para que los Estados miembros tengan la facultad de establecer, con pleno respeto del Tratado:

- medidas para reglamentar el uso de las máquinas a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 en zonas que consideren sensibles, incluso por lo que se refiere a la posibilidad de limitar las horas de funcionamiento de las maquinas».

La Ley CAIB 1/2007 antes citada, en su artículo 48.1.a) determina que el Ayuntamiento otorgara autorización expresa con limitación del horario en que se pueda ejercer esta actividad (trabajos realizados en la vía pública, otras públicas y edificaciones). En la misma redacción, art. 9.3 del Decreto CAIB 20/1987, de 26 de marzo. Este precepto se refiere a la «actividad», no a concretas máquinas, como expresamente se ha expuesto antes.

La no utilización de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, se insiste, los meses turísticos por excelencia, es una limitación total del

horario de trabajo con estas máquinas, o si se quiere, una prohibición de uso de dichas máquinas en dos meses, que por todo lo antes expuesto, se considera conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/14/CE y DA Única del RD 212/2002, atendidos los derechos fundamentales que tal limitación/prohibición de uso de las máquinas picadoras protege, y su incidencia en la fase inicial de la actividad de edificación, que puede ser llevada a efecto adecuando el plan de la obra a esta limitación de no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, mediante una planificación del plan de la obra.

Dos: b)« En los meses de mayo, junio, septiembre y octubre, de lunes a viernes, de 9'30 a 18'00 horas».

Aunque esta regla no debió ser objeto del recurso tramitado en el TSJ balear, al exceder la representación procesal de la A. Constructores del encargo recibido de su Comité Ejecutivo, dado que ninguna parte se opuso a ello y la sentencia impugnada anula la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza, hemos de pronunciarnos sobre ello.

También en este punto ha de confirmarse la Ordenanza, pues conforme a la Sentencia del TSJ balear, de 29 de junio de 2015 (rec. 296/2014) referida a la Ordenanza Municipal de Calviá que limitaba el uso de la maquinaria relacionada en el RD 212/2002, durante seis meses, permitiendo su uso en la franja horaria entre las 10'30 y las 13'00, desestimó el recurso de la A. Constructores sobre esta limitación de horario a dos horas y media durante seis meses.

Por coherencia con esta previa sentencia, citada por la A. Constructores entre otras ante esta Sala en su impugnación al recurso de la FE, la limitación de uso de las máquinas picadoras a diez horas y media (no a dos horas y media) durante cuatro meses (no seis meses), la sentencia impugnada debió confirmar esta regla b) del art. 23.3 y así se confirma por esta Sala.

Tres.- Y en cuanto a la regla c) del art. 23.3 también anulada por la sentencia impugnada, que no ha distinguido entre las tres reglas de la excepción al horario de trabajo general si se usa máquinas picadoras, dice esta regla c) «En el resto de meses, se aplicará el horario de trabajo general», es obvio que no debió anularse, por lo que se confirma sin necesidad de razonamiento alguno.

OCTAVO.- La estimación de los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por la FE Hotelera, comporta la declaración de haber lugar al recurso interpuesto.

NOVENO.- En aplicación del art. 139.1.2.3 LJCA, no se efectúa pronunciamiento en materia de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido que con estimación de los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por la Federación Empresarial Hotelera de Mallorca, debemos declarar y declaramos que ha lugar a dicho recurso contra la sentencia dictada el 5 de abril de 2016 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el recurso contencioso-administrativo 246/2014, y en consecuencia, casamos y anulamos dicha sentencia, y confirmamos la conformidad a derecho de la modificación del art. 23.3 de la Ordenanza Municipal reguladora de ruidos y vibraciones, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Andratx el 27 de mayo de 2014, y publicada en el Boletín Oficial de les Illes Balears núm. 49 de 10 de abril de 2014, sin costas en cuanto a la casación y a las de instancia, conforme se establece en el Fundamento de Derecho último.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a Inés Huerta Garicano

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Francisco Javier Borrego Borrego**, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



