

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 OVIEDO

SENTENCIA: 00013/2019

SENTENCIA nº 13

En Oviedo, a cuatro de febrero de dos mil diecinueve.

La Ilma. Sra. D^a. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento ordinario nº 125/18** en el que son partes:

RECURRENTE: _____ representada y
asistida por el Letrado D. IGNACIO FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE AVILES representado y
asistido por la ABOGACÍA CONSISTORIAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 09 de mayo de 2018, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Avilés de fecha 05 de marzo de 2018, expediente AYT/149/2015, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la resolución de fecha 27 de noviembre de 2017, que denegó la licencia para la instalación de la actividad de selección de materiales, y ordenó el cese del funcionamiento de la actividad y la demolición de las obras e instalaciones ejecutadas, restituyendo los espacios afectados a su estado anterior.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se formalizó la demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que estimando el recurso, se declare la nulidad de las resoluciones recurridas y se declare el derecho de la recurrente a la obtención de licencia para la legalización de las obras y la instalación de la actividad descritas en el proyecto técnico y su modificado obrantes como documentos 3 y 18 del expedientes administrativo y al pago de las costas procesales.

Tercero.- La representación de la Administración demandada contestó a la demanda en tiempo y forma y en ella expuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Cuarto.- Se fijó la cuantía de la presente litis como Indeterminada y practicada la prueba practicada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Quinto.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso- administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Avilés de fecha 05 de marzo de 2018, expediente AYT/149/2015, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la resolución de fecha 27 de noviembre de 2017, que denegó la licencia para la instalación de la actividad de selección de materiales, y ordenó el cese del funcionamiento de la actividad y la demolición de las obras e instalaciones ejecutadas, restituyendo los espacios afectados a su estado anterior.

Alega la parte recurrente que no cabe denegar la licencia solicitada para la legalización de las obras con el solo argumento de que van destinadas a una determinada actividad. Señala que no nos encontramos ante ese supuesto en la medida en que las obras ejecutadas son hábiles para servir para otro tipo de actividad distinta de aquella para la que se solicitó la autorización. En cuanto a la licencia de actividad, se argumenta que la calificación que corresponde al uso solicitado no es la industrial sino la de almacén cuyas características hacen que tenga carácter autorizable conforme al art. 5.21.4 PGO de Avilés, así como que el hecho de que dicha actividad esté sujeta al RAMINP no determina la imposibilidad de autorización.

El Ayuntamiento demandado se opone a la demanda sosteniendo la legalidad del acto administrativo recurrido.

Segundo.- No resultan discutidos los hechos básicos sobre los que se sustenta la demanda, en particular los siguientes reflejados en el expediente administrativo:

1º En fecha 13-11-2015 solicita licencia de actividad de selección de metales y licencia de obras en la nave destinada a desarrollar esa actividad. A dicha solicitud se acompañó proyecto técnico de la actividad y obras a ejecutar, todo ello en una edificación preexistente.

2º Se formaliza denuncia por el SEPRONA de la Guardia Civil el 27-5-2016 en la que se refleja que en la nave se lleva a cabo el almacenamiento y tratamiento de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEES) realizando la apertura y desmontaje de los mismos sin contar con la preceptiva autorización de RAEES. A continuación se recoge en el Acta de Inspección de 13-6-2016 que la actividad estaba en funcionamiento y que se habían ejecutado las obras careciendo de la preceptiva licencia municipal.

3º/Se emite un primer informe técnico de 30-9-2016 en el que se señala que la actividad no resulta legalizable en el emplazamiento en el que se ubica. Así se expresa: *“Se consideran usos autorizables los almacenes, pequeños talleres y PYMES asimilables que no sean específicamente molestas ni contaminantes, considerando prohibidos los característicos de las zonas industriales.- El uso previsto en la licencia solicitada es de recogida, selección, expedición de metales, uso característico de zonas industriales además tiene la consideración de molesto a efectos de la calificación del RAMINP. Todo ello nos lleva a concluir que se trata de un uso prohibido en este emplazamiento”*. Se concluye: *“Se han ejecutado las obras sin la preceptiva licencia, por tanto procede incoar expediente de protección de la legalidad urbanística para la legalización de las obras ejecutadas sin licencia, para lo cual se aportará documentación técnica descriptiva de las obras ejecutadas para valorar si éstas son legalizables o no”*, proponiendo el cese inmediato de la actividad.

4º En base al citado informe se emite el Decreto de 13-10-2016 incoando el expediente de protección de la legalidad urbanística frente al que la interesada presenta escrito de alegaciones en el que básicamente niega que nos encontremos ante una actividad industrial. Asimismo acompaña certificado de fin de obras de fecha 7-12-2016.

5º El informe técnico de 22-6-2017 mantiene la procedencia del cese de la actividad y añade la restauración de la legalidad mediante la demolición de las obras vinculadas a dicha actividad. En dicho informe se recoge: *“La nave se encuentra dentro de suelo urbano consolidado, dentro de la tipología de Actividades Urbanas Productivas, zonificación de usos central”* y respecto a la calificación comercial de la actividad se refiere a la Ley 21/1992 de Industria para concluir que la actividad

solicitada tiene la consideración de uso industrial y no comercial. Se indica: *“El uso previsto en la licencia solicitada es un uso característico de zonas industriales además tiene la consideración de molesto a efectos de la calificación del RAMINP. Todo ello nos lleva a concluir que se trata de un uso prohibido en este emplazamiento.- Además y según la documentación aportada, entre los materiales a almacenar se encuentra las baterías que sí son un residuo peligroso, en contra de lo argumentado.”*

6º/ En el trámite de audiencia concedido, la interesada presentó escrito en el que a la vista de la calificación “industrial” se modifica el proyecto de la actividad pretendida, expresando exclusiones a la actividad como compraventa y gestión de RAEEES y baterías, automóviles, motores, aparatos eléctricos o electrónicos, metales contaminantes, etc. Se describe la actividad como: “compraventa de metales férricos y no férricos al pormenor”.

7º/ El nuevo informe técnico de fecha 21-11-2017 señala que *“el modificado no altera la consideración de la actividad que se solicita como actividad industrial...”*, con referencia a Ley 21/1992 de Industria y Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados se expresa en los siguientes términos: *“La actividad propuesta: recogida, selección, expedición y venta de metales, aunque se excluyan (automóviles, motores, baterías, aparatos eléctricos o electrónicos o metales contaminados), está dentro de este ámbito, como aprovechamiento, recuperación y eliminación de residuos.”* Concluye proponiendo el cese de la actividad.

Tercero.- Dos son básicamente los motivos por los que la parte actora solicita la nulidad de la resolución recurrida. En primer lugar se alega que no existe fundamento suficiente para ordenar la demolición de las obras ya ejecutadas.

Como es sabido, el artículo 22.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1995 establece que *“Cuando con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de característica determinada, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuera procedente”*, prevalencia que obedece a una razón de lógica coherencia municipal de evitar la construcción de edificaciones que luego no puedan servir al destino para el que fueron proyectadas.

Cuando se concede la licencia de obras previamente a la de apertura, en contradicción con el artículo 22.3 del RSCL, no por ello ha de anularse la de obra pero tampoco puede servir para prejuzgar la de apertura, ni en el sentido de entender que concedida aquélla deba

entenderse otorgada ésta ni tampoco para proyectar en la de apertura vicios que pudieran afectar a la de obras. Ambas licencias nacen de presupuestos distintos, persiguen fines diferentes, se regulan por regímenes no equiparables entre sí y generan procedimientos desiguales

La cuestión relativa a la prevalencia indicada y a la relación entre ambos tipos de licencia se expresa con claridad en las sentencias que seguidamente se reseñan. En primer lugar la STS 3ª sec. 5ª , S 02-10-1995 cuando indica que;

"...Art. 22,3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 dispone taxativamente que cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destina específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuera procedente...La finalidad de ambas licencias es diferente aunque convergente en aras de alcanzar la mas amplia garantía en el logro de la seguridad y salubridad necesarias para la seguridad pública, la paz social y el adecuado sosiego en las incidencias habituales de la vida familiar e individual...La licencia de obras, desde la estricta perspectiva urbanística, ha de otorgarse si la obra o edificación proyectada esta de acuerdo con las previsiones de Ley del Suelo y de los Planes de Urbanismo en general tal como especificaba art. 178,2 Ley del Suelo de 9 abril 1976....La licencia de apertura para el funcionamiento de una determinada actividad clasificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa tiene por objeto el evitar que cualquiera de esas actividades clasificadas, a realizar en un determinado edificio o conjunto de ellos, produzca incomodidades o altere las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente u ocasionen daños o impliquen riesgos graves para las personas y los bienes. Naturalmente, el precepto del art. 22,3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales determina la precedencia temporal de la licencia de apertura respecto de la de obras, fundamentalmente para la más adecuada protección de los intereses privados de los titulares de las licencias porque es claro que otorgada la licencia de obras y realizada la edificación consiguiente, con los grandes costos económicos que ello suele implicar, todo ello quedaría sin el aprovechamiento perseguido si no se autorizara la actividad pretendida, con los perjuicios que ello implica para su titular...Pero ello no implica que la licencia de obras para una determinada actividad, concedida con anterioridad a la licencia de apertura correspondiente, no pueda ser legalizada o convalidada cuando la meritada licencia de apertura es autorizada después, porque tal como ya tiene establecido esta Sala en SS 3 abril 1990 y 18 junio 1990 la interdependencia y orden de prelación de ambas licencias, están proyectadas sobre el principio de una hipotética responsabilidad

patrimonial, por el posible funcionamiento anormal de la administración en la inobservancia de la precedencia temporal señalada en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al estar establecida tal precedencia, como hemos dicho, primariamente en intereses del particular afectado..."

En el caso que nos ocupa, consta que tanto las obras como el propio desarrollo de la actividad se llevaron a efecto antes de contar con la oportuna licencia. En tales circunstancias resultaba oportuno y necesario ordenar el cese de la actividad y, en su caso, la paralización de las obras que se pudieran estar llevando a cabo. Pero lo que no cabe colegir de la normativa citada ni de los arts 238 y concordantes del TROTU es que las obras ya ejecutadas resultaran ilegalizables. En efecto, tanto el testigo-perito autor del proyecto de obras como igualmente el perito judicial, manifestaron que las obras podían tener otros usos distintos a los pretendidos con la licencia. Ha de rechazarse por tanto que la denegación de una licencia de apertura determine la demolición de obra alguna sino que lo que naturalmente produce es el cese de la actividad y el cierre del local en el que se realiza (SS. T. S. 26.3.90, 26.9.90, 25.4.91 y 12.3.96 entre otras). La eventual demolición de unas obras realizadas sin licencia o excediéndose de la concedida vendrá determinada por la constatación, en el oportuno expediente, de este extremo y, además, de que las mismas no pueden ser legalizables.

No habiéndose concluido en tal sentido, a medio de expediente ad hoc, procede estimar el recurso en cuanto a este concreto extremo contenido en la resolución impugnada.

Cuarto.- El cuanto a si procede, o no, la concesión de la licencia de actividad, ha de partirse de que dicha actividad se interesa ubicar en inmueble situado en la Zona Central de usos del PGOU de Avilés. Resulta de aplicación el art 5.21:

"1. La Zona denominada Central es la característica de los puntos de mayor actividad del sistema urbano completo. En ella, junto a la residencia, se producen todos los restantes usos urbanos, como característicos, con excepción del Industrial en los términos expresados en el apartado 4 de este artículo.

(...)

4. Se considerarán usos autorizables los almacenes, pequeños talleres y PYMES asimilables que no sean especialmente molestas ni contaminantes, considerando prohibidos los característicos de las zonas industriales."

Como ya se ha adelantado, la demandante invoca la necesaria inclusión de la actividad pretendida dentro de los usos autorizables del art 5.21.4 excluyendo que se trate de un uso característico de la zona industrial. En este sentido y con una extensa argumentación expone que no cabe la aplicación de las leyes 21/1992 de Industria y 22/2011 de residuos y suelos contaminados sino que ha de acudirse únicamente a la definición de usos industriales y almacenes que se contienen en el PGO. Desde esta perspectiva expone que como resulta del proyecto presentado y teniendo la actividad la finalidad de “recogida, selección y expedición de metales”, sin inclusión de ningún tipo de proceso productivos o de fabricación, la actividad ha de considerarse de “almacenaje” y por tanto autorizable conforme al art 5.21.4. Añade que aunque tal actividad pueda estar sujeta al RAMINP, no consta que sea “especialmente molesta” como exige el citado precepto, al no generar vertidos ni humos o emisiones sino que únicamente puede generar molestias por ruidos.

La posición del Letrado consistorial consiste en mantener que el uso pretendido es un uso característico de zona industrial, tanto en el proyecto inicial como en el modificado y que resulta procedente para llegar a tal conclusión acudir a las definiciones contenidas en la Ley 21/1992 de Industria y la Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados conforme a lo previsto en el art 5.14.4 PGO. Sostiene el carácter industrial de la actividad aún cuando se limite a un almacenaje; y ello por cuanto su específico objeto es la recogida, selección y expedición de metales que, por sus específicas características, no puede ser configurado más que como uso industrial.

Quinto.- En el examen de las cuestiones planteadas es necesario tener presente la regulación de los usos en el PGO, art 5.14, que dispone:

“1. El presente Plan General establece la ordenación de los distintos usos que pueden tener lugar en el Suelo Urbano por medio de una doble regulación derivada, en primer lugar, de una división del suelo en Zonas y, a continuación, del establecimiento de limitaciones a la intensidad y situaciones en que los distintos usos posibles en una Zona puedan desarrollarse en función del uso característico o predominante de la Zona, y de la naturaleza propia de cada uno de ellos.

(...)

4. La regulación de las actividades, en lo que respecta a su condición e nocivas, molestas, insalubres o peligrosas o a producir contaminación atmosférica debe tomarse, en todos los aspectos que aquí no se desarrollan, de las Leyes y Reglamentos sobre la materia.”

Es incuestionable que conforme a la propia definición del PGO, en la denominada Zona Central de Avilés los usos característicos de las

zonas industriales están expresamente prohibidos. Asimismo que dentro de la Zona Industrial (art 5.22) está previsto como uso característico no solo el propiamente industrial sino también el de “almacenaje”. Así se previene en la referida norma:

“5.22. Zona Industrial.

1. La Zona denominada Industrial se caracteriza por el predominio absoluto del uso Industrial y de almacenaje en sus distintas tipologías e intensidades (uso característico). También y según sub-zonas y tipologías edificatorias, puede albergar otros usos colectivos o de servicios como característicos o autorizables.”

Por su parte, el art 5.49 referido al uso industrial y de almacenes dispone:

“1. Es el uso que tiene como finalidad la producción, transformación, reparación, manipulación, almacenaje y distribución de productos, así como el desarrollo y producción de sistemas informáticos, audiovisuales y otros relacionados con las tecnologías de la información.”

Y el art. 5.53 referido a “Almacenes”:

“1. Es el uso correspondiente al depósito, conservación, guarda o distribución de objetos y/o mercancías en principio sin servicio de venta directa al público, aunque sí pueda darse la venta a minoristas.

2. En cuanto a su configuración espacial, las edificaciones correspondientes a este uso se asemejan a lo señalado en el artículo precedente, relativo a industria mediana y pequeña, con la particularidad de que en ellas no tienen lugar procesos productivos o de fabricación.”

La interpretación sostenida por la actora parte de la consideración de la actividad pretendida como de “almacén” y a ello añade que, por sus características, sería susceptible de encuadrarse en el uso autorizable que para la zona central previene el art. 5.21.4 PGO. Sin embargo, no podemos compartir esta argumentación sino que ha de entenderse que, como razonadamente expone el Letrado consistorial en su escrito de contestación a la demanda, aunque el uso solicitado se circunscriba al almacenaje no resultaría autorizable en la zona Central en la medida en que se trata de un almacén de metales, que resulta uso característico de la zona industrial y por tanto expresamente prohibido en la zona en el que se ha pretendido ubicar. Es decir, no basta con que una determinada actividad pueda considerarse de “almacén” para encuadrarla en los usos autorizables del referido artículo ya que el almacenaje está también considerado uso industrial (art 5.22.1) y por ello, el uso al que se limita el art 5.21.4 es el almacenaje que no quepa incluir en el característico de tipo industrial ya que, de hecho, el referido precepto equipara los “*almacenes, pequeños talleres y PYMES ...*

considerando prohibidos los característicos de las zonas industriales.”
Por lo tanto si se trata de un almacén característico de estas zonas no podría ser autorizado en la zona central. Y no puede tacharse como desajustado el acudir, como hizo en el expediente la técnico municipal y el Letrado Consistorial en esta litis, a la ley 21/1992 de Industria para definir el uso industrial y a la ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados en cuanto a la definición de residuos industriales, pues es el propio art 5.14.4 PGO ya transcrito el que sirve de cobertura a esta técnica remisoria.

En definitiva, no se consideran desvirtuados en esta litis los informes técnico municipales emitidos a lo largo de la tramitación del expediente y muy particularmente el de fecha 21-2-2018 previo a la desestimación del recurso de reposición en el que se rebate el uso meramente comercial de la actividad pretendida, una vez había renunciado a la recogida de baterías de automóviles. Se indica en el referido informe:

“En el Proyecto Modificado además, puede constatarse que en una nave de aproximadamente 400 m2, se lleva a cabo el pesaje, clasificación, selección y almacenaje de: cable, aluminio, acero inoxidable, cobre, bronce, latón, zinc y plomo.

Además se señala que, a lo largo del día, se realiza una venta a particulares, y que al final del día, el resto de metales que no han tenido salida, se venden a una empresa gestora de este tipo de materiales.

Por tanto, la documentación técnica describe como, diariamente, una empresa gestora de residuos recoge los materiales (cable, aluminio, acero inoxidable, cobre, bronce, latón, zinc y plomo) que previamente se han comprado, pesado, clasificado y almacenado en la nave.

A juicio de la técnico que informa, se trata de una actividad industrial y no comercial, puesto que:

La ley 21/1992 de Industria define el uso industrial como:

"Se consideran industriales, a los efectos de la presente Ley, las actividades dirigidas a la obtención, reparación, mantenimiento, transformación o reutilización de productos industriales, el envasado y embalaje, así como el aprovechamiento, recuperación y eliminación de residuos o subproductos, cualquiera que sea la naturaleza de los recursos y procesos técnicos utilizados."

La ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados define:

«Residuos industriales»: residuos resultantes de los procesos de fabricación, de transformación, de utilización, de consumo, de limpieza o de mantenimiento generados por la actividad industrial, excluidas las

emisiones a la atmósfera reguladas en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre”

«Gestor de residuos»: la persona o entidad, pública o privada, registrada mediante autorización o comunicación que realice cualquiera de las operaciones que componen la gestión de los residuos, sea o no el productor de los mismos.

En el Anexo II a la Ley se enumeran las operaciones de valorización, como el almacenamiento de residuos en espera de: (... , reciclado o recuperación de metales y de compuestos metálicos, ...).

No cabe duda que la actividad solicitada tiene la consideración de actividad industrial, en el marco de la gestión de residuos, concretamente valorización de residuos, ya que se recogen (compran), se pesan y clasifican, almacenan y se venden a empresas especializadas en gestión de residuos (con independencia de que algunos se vendan particulares)....”

En este punto, se ha de acudir a la conocida jurisprudencia que sienta la presunción de objetividad de los informes de los técnicos de la Administración conforme señala, entre otras, la STS de 17 de julio de 2000 (rec. 8386/1994): *"la mayor credibilidad de los técnicos más alejados de los intereses de las partes, y precisamente en aplicación de tales criterios, es de estimar que las conclusiones formuladas por los técnicos municipales están dotadas de presunción de mayor objetividad, al estar alejados de los intereses de parte (...) ya que los dictámenes formulados por encargo de la propiedad o de los arrendatarios, adolecen de un subjetivismo sumamente interesado en la defensa de sus propias pretensiones, lo que los hace no susceptibles de una valoración de prueba que presupone por naturaleza para que sea estimable, la objetividad e imparcialidad de quien emite el dictamen. Es de advertir que la prueba pericial o de los dictámenes técnicos emitidos en el expediente o en su caso en los autos, no es tasada sino de libre apreciación por el Juez o Tribunal según las reglas de la sana crítica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".* En la misma línea la STS de 19 de diciembre de 2006 (rec. 3878/2004) sirven de fundamento para concluir, con la técnico municipal, que la actividad pretendida ha de configurarse como uso industrial excluido por tanto de la posibilidad de autorizarse en Zona Central.

Ha de tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que la consideración de simple almacén equiparable a pequeño taller a que se refiere el art 5.21.4 PGOU mal se compadece con las dimensiones y el equipamiento previsto para la nave, con una superficie útil de 634,22 m² e instalación



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.

