

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

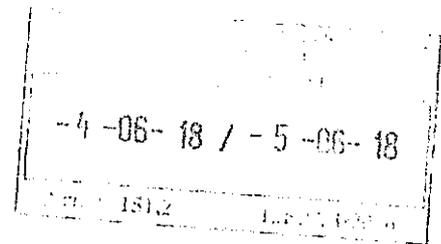
Rollo de apelación número 120/2016 (S)

Dimanante del recurso ordinario nº 347/14 del JCA 1 Girona

Partes apelantes: Comunitat de Propietaris del Carrer Castell de Recasens, 14 y "

"

Parte apelada: Ayuntamiento de Girona



SENTENCIA Nº 433

Ilmos. Sres. Magistrados

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Helmuth Moya Meyer

En la ciudad de Barcelona, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey de España, los recursos de

apelación seguidos ante la misma con el número de referencia, promovidos, en su calidad de partes apelantes, a instancia de la Comunitat de Propietaris del Carrer ... , no personada formalmente en esta alzada, y de " ... ", representada por la procuradora Sra. Fuentes Millán, siendo parte apelada el Ayuntamiento de Girona, representado por el procurador Sr. de Anzizu Pigem, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Girona, en los autos de su referencia arriba indicada, se dictó sentencia número 51, de fecha 11 de marzo de 2.016, estimando parcialmente el recurso interpuesto y anulando el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona de 7 de septiembre de 2.012, de concesión de licencia ambiental para la actividad de aparcamiento y autolavado de vehículos, ordenando la retroacción del procedimiento al momento en que debió efectuarse la información vecinal, con clausura de la actividad.

SEGUNDO. Interpuesto contra tal resolución recurso de apelación, admitido y formulada oposición, fueron remitidas las actuaciones a esta Sala, donde compareció inicialmente sólo el Ayuntamiento, haciéndolo con posterioridad " ... L", titular de la licencia, interponiendo recurso de apelación en el que interesó la declaración de nulidad de actuaciones por no haber sido emplazada en la instancia, razón por la cual se le otorgó plazo para que pudiese formular sobre el fondo del asunto planteado en la instancia cuantas alegaciones considerase convenientes a su derecho, pudiendo proponer nuevos medios de prueba.

TERCERO. Formuladas por tal parte las correspondientes alegaciones, de las que se dio traslado a las restantes partes personadas, y practicada toda la prueba que propuso, tras otorgarse a todas las partes un nuevo trámite de conclusiones sucintas, se señaló finalmente la votación y fallo para el día 18 de mayo de 2.018.

CUARTO. En la sustanciación del proceso se han seguido las prescripciones legales, salvo las referidas a los plazos, ante la importante carga de trabajo que pende ante esta Sección.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. López Vázquez, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Debe en primer lugar descartarse la nulidad de actuaciones propuesta por la titular de la licencia, a la que, en evitación y subsanación de cualquier especie de indefensión derivada de su falta de emplazamiento en la instancia, se le ha dado oportunidad de formular ante esta Sala cuantas alegaciones ha considerado oportunas y de proponer los medios de prueba encaminados a su acreditación, que han sido admitidos y practicados en su integridad.

No cabe tampoco apreciar en la apelación deducida por la Comunidad de Propietarios, como propone el Ayuntamiento, una mera repetición automática de los argumentos expuestos en la instancia, pues en el mismo no deja de contenerse una crítica de la sentencia que constituye su objeto, mediante la precisión de las infracciones que en ella puedan haberse cometido a juicio de la parte recurrente, que sustancialmente invoca en el caso la necesidad de entrar a conocer del fondo de la licencia otorgada y su ajuste o no a la normativa de aplicación, cuestión esta en la que debe entrarse, además, por razones de economía procesal y que, en último término, constituye el objeto sustancial perseguido por ambas apelantes, que no ha quedado resuelto por la sentencia de instancia, al ordenarse en ella la retroacción del expediente a un momento anterior.

SEGUNDO. Al respecto, sin que esta Sala pueda alcanzar grandes conclusiones a la vista de la testifical practicada a instancia de la titular de la licencia, obra practicada en la instancia una pericial contradictoria a la que debe otorgarse un mayor margen de credibilidad, por la mayor imparcialidad que por su misma naturaleza comporta, sobre los informes emitidos por peritos o testigos-perito que aportan las partes litigantes.

Como de tal pericial y de la normativa que acompaña se desprende, nos hallamos en presencia de suelo urbano calificado por el planeamiento general como zona de eixample, clave 1.2, que se regula en el artículo 201 de la normativa urbanística, cuyo apartado 5, referido a las condiciones de uso, admite como compatibles, entre otros, el industrial y el de aparcamiento, aquel solo en la categoría primera (situaciones 1.a, 1.b, 2.a, 2.b, 3 y 4), segunda (situaciones 2.a, 2.b, 2.c, 3 y 4.b) y tercera (2.c, 3 y 4.b). La definición y

clasificación de usos se contiene en los artículos 95 y 97, clasificando el 98 los usos por su permisividad, entendiendo compatibles aquellos que se admiten en una zona, subzona o sistema por no ser contradictorios con el uso dominante. es decir, los que pueden ser simultáneos o coexistir con este.

El artículo 104 regula 6 categorías de suelo industrial, según su grado de compatibilidad con la vivienda y con arreglo a ciertos criterios, categorías que van de la 1 (en promiscuidad) a la 6 (peligrosa y separada de la vivienda). En la zona de eixample se permiten las categorías 1 (promiscuidad con vivienda, comprensiva de las actividades no molestas ni peligrosas para la vivienda de carácter individual o familiar, que utilicen máquinas o motores de potencia inferior a 1Kw cada uno), 2 (compatible con vivienda, comprensiva de talleres o pequeñas industrias que por sus características no molesten con desprendimiento de gases, polvo, olores, o no ocasionen ruidos ni vibraciones productores de molestias. Incluyen talleres con menos de 8 puestos de trabajo y motores de potencia inferior a 3 Kw cada uno) y 3 (no admitida contigua a vivienda, excepto en sectores especialmente reglamentados, y comprensiva de aquellas que, incluso con adopción de medidas correctoras, puedan ocasionar molestias a la vivienda, por lo que, en general, no podrán admitirse al lado de la vivienda, salvo en sectores especialmente reglamentados).

Entiende el perito que la actividad industrial de autos se incluye dentro de la segunda categoría (siempre que los motores fuesen de una potencia inferior a 3 Kw cada uno y no ocasionen ruidos ni vibraciones molestas, circunstancias estas que, según expone, no ha podido constatar, pues en el proyecto no aparecen las potencias correspondientes a cada máquina o motor, sino únicamente la potencia total, de 45 Kw (apartado 1.3.3 "xarxa elèctrica", página16), mientras que en el certificado de baja tensión se indican 55 Kw (página 152).

Los artículos 106 y 107 regulan las situaciones relativas de la actividad industrial y los límites de potencia.

Concluye el perito procesal que el uso dominante en la zona es el de vivienda plurifamiliar, siendo el uso industrial compatible y pudiendo coexistir con el dominante, pero no sustituirlo; la industria de autos es de segunda categoría (siempre que los motores fuesen de menos de 3 Kw cada uno y no ocasionen ruidos ni vibraciones molestas); la situación relativa de la actividad industrial admitida sería la 2.ª (actividad situada en planta baja en edificio de viviendas).

En cuanto a vibraciones –continúa el perito- habría de estarse al mapa acústico de Girona para las zonas de sensibilidad moderada, es decir, no superar los 60 dB día y 50 noche, pues, caso de sobrepasarse esos límites de

potencia o decibelios la industria sería de tercera categoría. Tras remitirse a ciertas mediciones sonométricas obrantes en el expediente, con resultados variados, concluye que la actividad cumplirá con los niveles sonoros máximos permitidos siempre que funcione entre las 7 y las 23 horas.

Respondiendo finalmente a la cuestión de si la actividad autorizada se ajusta al plan, reitera que el uso específico dominante en la zona de eixample es el de vivienda plurifamiliar, pero sobre el concreto "solar" en que la actividad se ubica el uso dominante y mayoritario no es el de vivienda, incumplándose así el 201.5 y el 98, pues el uso industrial compatible puede ser simultáneo o coexistir con el dominante, pero no sustituirlo, por lo que no puede haber un uso compatible donde no exista el dominante mayoritario, inexistente en el caso, por lo que no cabe el industrial, que tampoco quedaría situado en planta baja en edificio de viviendas, porque no es el supuesto.

TERCERO. Pues bien, sin que esta Sala acepte estas últimas consideraciones del perito (la regulación de la normativa urbanística, también en lo referido al uso dominante de vivienda, se refiere a la zona de eixample en su conjunto, no únicamente al solar concreto donde pretende ubicarse la actividad de autos), es lo cierto que nos hallamos en principio en presencia de una industria de categoría segunda (2.a), compatible con el uso de vivienda y comprensiva de talleres o pequeñas industrias que, por sus características, no molesten con desprendimiento de gases, polvo, olores, o no ocasionen ruidos ni vibraciones productores de molestias, incluidos talleres con menos de 8 puestos de trabajo y motores de potencia inferior a 3 Kw cada uno.

Ocurre que, como el propio perito manifiesta y por las razones que expone, no ha podido comprobar la concurrencia o no de estas características, por lo que se está en el caso de, admitiendo en parte ambas apelaciones presentadas, confirmar la concesión de licencia municipal de actividad producida, pero sujetar su ejercicio a un control continuo por parte del Ayuntamiento, tanto en lo referido a la potencia individual de los motores o máquinas en ella utilizados como a la emisión de molestias de todas clases, ruidos, ruidos, vibraciones, gases, polvo, olores, etc., con las consecuencias que en cada caso se deriven.

CUARTO. Atendidos los términos del artículo 139.2 de la ley jurisdiccional, y la estimación parcial de ambos recursos de apelación que los anteriores argumentos comportará, no procede condena en costas en la presente alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLAMOS

ESTIMAMOS EN PARTE los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de la Comunitat de Propietaris del Carrer [redacted] y de " [redacted]" contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Girona de fecha 11 de marzo de 2.016, sentencia que **REVOCAMOS** y, en su lugar, **ESTIMAMOS EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Propietarios contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Girona de 7 de septiembre de 2.012, de concesión de licencia ambiental para la actividad de aparcamiento y autolavado de vehículos, licencia que **CONFIRMAMOS**, pero **ORDENANDO** al Ayuntamiento de Girona que sujete la actividad a un **CONTROL CONTINUO** en lo referido a inmisiones sonoras, ruidos, vibraciones, gases, polvo, olores, humos, etc., de forma que, rebasados en cualquiera de tales extremos los límites normativamente permitidos, proceda a su cierre y precinto inmediatos, en tanto se subsane la deficiencia de que se trate. Igualmente deberá controlar en forma continuada que los diversos aparatos, máquinas o motores utilizados en la actividad no sobrepasen, cada uno de ellos individualmente considerado, una potencia máxima de 3 Kw, debiendo en otro caso proceder al precinto, supresión e impedimento de su uso. **DESESTIMAMOS** las apelaciones en lo demás. Sin costas en esta alzada.

Firme que sea esta resolución, con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones y expediente recibidos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que no es firme, pudiendo interponer frente a ella **recurso de casación ante la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo**, siempre que pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado y que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por esta Sala sentenciadora. recurso deberá prepararse ante esta misma Sala y Sección sentenciadora en el plazo de los 30 días siguientes al de la notificación de esta resolución, con el cumplimiento de los requisitos enumerados en los artículos 86 y siguientes

debiendo tenerse presente el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2016, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación (B.O.E. nº 162, de 6 de julio de 2.016).

No cabrá contra esta resolución, por el contrario, recurso de casación ante la Sección de Casación de esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia a que se refiere el segundo inciso del artículo 86.3 de la ley jurisdiccional, por infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, por equiparación en este caso de las sentencias de esta Sala a las dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su propio ámbito, tal como han declarado los autos de la Sección de Casación de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de 10 de mayo de 2.017 (recursos de casación 1/2017, 3/2017, 4/2017, 5/2017 y 8/2017).

Notifíquese esta sentencia por parte del Juzgado a la Comunidad de Propietarios apelante, no comparecida en esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.

