

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N° 3 DE
DONOSTIA**

**DONOSTIAKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 3 ZK.KO
EPAITEGIA**

Procedimiento / *Prozedura*: **Ordinario / Arrunta 825/2017**

SENTENCIA N° 103/2018

En San Sebastián, a 18 de mayo de 2018.

Vistos por mí,
Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso
Administrativo n° 3 de San Sebastián, los presentes autos
de Procedimiento Ordinario 825-2017 seguidos ante este
Juzgado a instancia de la entidad

frente al Ayuntamiento de San Sebastián, siendo
recurrida la Resolución de la Dirección de Urbanismo
Sostenible del Ayuntamiento de San Sebastián de fecha 21 de
julio de 2017, dicto esta Sentencia en virtud de las
facultades que me son dadas por la Constitución Española.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Las actuaciones arriba referenciadas se iniciaron
en virtud de recurso contencioso administrativo contra la
resolución antedicha, interesando la representación del
recurrente se dicte sentencia de conformidad con el suplico
de la demanda.

Segundo. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de
la misma a la administración demandada y se ordenó la
remisión del expediente administrativo. Contestada la
demanda por la Administración demandada y, tras la práctica
de las pruebas propuestas y admitidas por las partes así
como de la emisión de las respectivas conclusiones por
escrito, quedaron las actuaciones vistas para dictar la
resolución que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La parte recurrente, en síntesis, basa el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución indicada en el encabezamiento sobre la base de considerar, en primer lugar, la vulneración del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones por no estar debidamente motivada la resolución recurrida; en segundo lugar, la vulneración por aplicación indebida al caso concreto enjuiciado del artículo 59.2.1 E) de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián y del artículo 65 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, y en tercer lugar haberse producido un exceso en el ejercicio de la competencia urbanística por parte del Ayuntamiento de San Sebastián a través del Plan general de Ordenación Urbana, con la vulneración del artículo 2.2 j), 3 y 53 de la Ley 13/2016 de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, y, en consecuencia, una vulneración del principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Segundo.- La Administración demandada se opuso a la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por considerar ajustada a derecho la resolución administrativa recurrida.

Tercero.- Se alega como primer motivo de oposición a la resolución recurrida la vulneración del artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por no estar debidamente motivado; por considerar que no habiendo sido anteriormente el criterio del Ayuntamiento de San Sebastián la exigencia de licencia o comunicación previa para el arrendamiento de viviendas turísticas no se motiva suficientemente el cambio de criterio en la resolución recurrida.

El artículo 35 de la ley 39/2015 de 1 de octubre dispone en su apartado 1, letras a) y c) que "Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos...
- b) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos."

Pues bien, al folio 39 del e.a. obra la resolución recurrida de doce de junio de 2017 que dispone lo siguiente:

"El órgano arriba indicado ha resuelto lo siguiente:

Comprobado que la actividad mencionada se estaba ejerciendo sin disponer de licencia, se concedió plazo de audiencia previa a su clausura de diez días, para efectuar alegaciones.

Transcurrido dicho plazo, y en virtud, en su caso, de las consideraciones expuestas en el informe sobre alegaciones, resuelvo lo siguiente:

Resolución.

1. Ordenar la clausura de la actividad en un plazo de 2 días.
2. Apercibirle de que si vencido el plazo de los 2 días no se ha clausurado voluntariamente el establecimiento, se procederá al precinto de éste por parte de la Unidad de Prevención Permanente de la Guardia Municipal..."

Asimismo se hace referencia en la referida resolución al informe emitido por la Guardia Municipal con nº 1610/17, el cual consta al folio 14 del e.a. y en el que se dispone lo siguiente:

"Dicha actividad no es legalizable en aplicación del artículo 59.2 e) del Plan General de ordenación urbana de Donostia- San Sebastián según el cual se autoriza la implantación de usos hoteleros en esas plantas siempre que ninguna de las ubicadas por debajo de la última en la que existan y/o se pretendan implantar los mismos esté destinada o se proyecte destinar a uso residencial (vivienda y residencia colectiva), de manera que todas esas plantas deban estar destinadas a otro tipo de usos autorizados diversos al de vivienda."

Es decir, según el referido informe técnico, al que se alude en la resolución recurrida y obra en el expediente

administrativo, se trataría a juicio de la Administración demandada de una actividad no legalizable.

En consecuencia la Administración demandada ha explicitado los motivos por lo que ha adoptado la orden de clausura de la actividad de vivienda turística efectuada por la mercantil recurrente en el inmueble situado en la calle Arrasate 42, 2º derecha de la localidad de San Sebastián, cuales son el considerar la misma como un uso hotelero que no disponía de la correspondiente licencia de actividad y que, además, no era susceptible de legalización en aplicación del ordenamiento jurídico vigente; en definitiva, ha motivado la orden de clausura por lo que no puede ser estimado el motivo de impugnación mencionado; debiendo señalarse que considero que la Administración demandada cumple con su deber de motivación cuando explicita los hechos y fundamentos de derecho sobre los que se asienta la resolución adoptada como ocurre en el presente supuesto, satisfaciendo la exigencia de motivación contenida en el artículo 35.1 de la ley 39/2015 de 1 de octubre.

Cuarto.- Se alega motivo de impugnación de la resolución recurrida la vulneración por aplicación indebida al caso concreto enjuiciado del artículo 59.2.1 E) de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián y del artículo 65 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco.

Desarrolla la recurrente el referido motivo y señala que "el Ayuntamiento de San Sebastián incurre en un error a la hora de definir el uso residencial como aquel destinado a satisfacer la necesidad permanente de alojamiento de personas, cuando, según el artículo 9.1 A) de las NNUU del municipio afirma que "con carácter general, se entiende por uso de vivienda el alojamiento de una persona o de colectivos de cualquier tipo hasta un máximo de 12 personas por local ocupado. En el caso de unidades familiares podrá sobrepasarse en esa cifra. Es decir, las NNUU no distinguen entre alojamiento temporal y alojamiento permanente por lo que ambas modalidades de alojamiento tienen cabida en este concreto uso urbanístico."

Considero que el referido motivo de impugnación debe ser desestimado y ello tras el examen del contenido del artículo 9 de las Normas Urbanísticas de San Sebastián que expresamente establece lo siguiente:

"Artículo 9.- Contenido de los usos urbanísticos. 1.- Uso residencial.

A.- Uso de vivienda.

Con carácter general, se entiende por uso de vivienda el alojamiento de una persona o de colectivos de cualquier tipo hasta un máximo de 12 personas por local ocupado. En el caso de unidades familiares podrá sobrepasarse esa cifra.

También con carácter general, se considerarán como usos auxiliares del uso de vivienda:

* Los portales, trasteros, tendederos, cuartos de instalaciones, jardines privados y otros similares.

* El uso de aparcamiento o guarda de vehículos tanto motorizados como no motorizados.

* Las instalaciones deportivas -piscina, frontón, etc.- vinculadas a la vivienda.

* Los depósitos de gases licuados de uso privativo de las construcciones de vivienda.

* Las restantes instalaciones e infraestructuras asociadas a las viviendas (ascensores, placas solares, instalaciones térmicas, etc.) de carácter auxiliar.

En todo caso, a los efectos de la autorización o prohibición de la implantación de esos usos auxiliares se estará a lo establecido, en su caso y de manera específica, bien en el planeamiento urbanístico bien en los instrumentos complementarios del mismo.

Por su parte, se considerarán como asimilados al uso de vivienda:

* Los usos industriales de 1ª categoría.* Las oficinas y los despachos profesionales.* Las pensiones con un máximo de doce (12) camas.

En todos esos casos, para su consideración como tales usos asimilados se deberán cumplir estas dos condiciones: el local en el que se implanten ha de constituir el domicilio habitual y permanente de su titular o representante legal; la superficie útil destinada a esos usos asimilados no ha de superar ni la mitad de la superficie del local, ni 125 m² (u) - superficie útil-.

B.- Residencia colectiva.

Se entiende por uso de residencia colectiva el alojamiento de colectivos no familiares de cualquier tipo por encima de 12 personas por local ocupado, ejercido en régimen de titularidad privada, y en condiciones que conlleven y garanticen su destino exclusivo o predominante a alojamiento, sin perjuicio de su complementación con otros usos auxiliares del mismo.

Se consideran como tales las residencias de ancianos, las residencias universitarias, los colegios mayores, los albergues, los conventos y otros de condiciones y naturaleza similares a los anteriores.

Tienen la condición de usos auxiliares los considerados como tales en relación con el uso de vivienda, complementados con los usos de carácter asistencial ejercidos exclusivamente por el personal de la residencia.

A su vez, los usos industriales de 1ª categoría y los de oficinas y despachos profesionales ejercidos exclusivamente por el personal de la residencia, tienen la condición de usos asimilados. En atención a su naturaleza, es susceptible de ser considerado asimismo como uso de equipamiento privado.

2.2.- Usos terciarios.

A.- Se consideran como tales las actividades de carácter lucrativo siguientes:

* Uso hotelero. * Uso comercial. * Uso de oficina. * Uso recreativo. * Uso sanitario. * Uso asistencial. * Uso sociocultural. * Uso docente. * Uso deportivo. * Uso de campamentos turísticos.

B.- Se entiende por uso hotelero el hospedaje de personas, ejercido con fines lucrativos, en cualquiera de sus modalidades: hoteles, hostales, hoteles/residencia, moteles, pensiones, albergues, casas rurales y asimilados, aparthoteles, etc."

Así, de la referida regulación resulta claro que el artículo 9.1.A) de las Normas Urbanísticas exige para considerar que el uso urbanístico es el residencial propio de la vivienda que nos encontremos ante el domicilio habitual y permanente de su morador o moradores; siendo esta norma congruente con el desarrollo que el Gobierno Vasco ha efectuado de la Disposición Final Tercera de la

Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco que en su "Anexo I. Clasificación normalizada de los usos residenciales" dispone "Uso residencial vivienda. Definición. Se entiende por uso residencia vivienda el alojamiento permanente de personas cualquiera que sea el tipo de edificio y promoción (libre, protegida)."

Es decir la necesidad de destinar el inmueble al alojamiento permanente y no temporal de personas para que el uso tenga la condición urbanístico de residencial, resulta de la propia regulación contenida en el artículo 9.1.A) de las Normas Urbanísticas de San Sebastián; de donde debe colegirse que desde la perspectiva urbanística los apartamentos turísticos se consideran un uso hotelero, encuadrable como una actividad de carácter lucrativo dentro de los usos terciarios.

Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que, con arreglo a las Normas Urbanísticas de San Sebastián, que disciplinan el uso urbanístico, los apartamentos turísticos se consideran un uso hotelero, encuadrable como una actividad de carácter lucrativo dentro de los usos terciarios, considero ajustada a derecho la aplicación que en la resolución recurrida se hace del artículo 59.2 e) del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, en la medida en que éste último autoriza excepcionalmente la implantación de usos hoteleros en plantas distintas la primera plantea o asimilada siempre que ninguna de las ubicadas por debajo de la última en la que existan y/o se pretendan implantar los mismos esté destinada o se proyecte destinar a uso residencial (vivienda y residencia colectiva). En consecuencia, no encontrándonos en el caso concreto enjuiciado en el excepcional supuesto en el que cabría la autorización de implantación de un uso hotelero en la vivienda situada en la calle Arrasate 42, 2º derecha de la localidad de San Sebastián, en la medida en que las viviendas ubicadas debajo se encuentran destinadas a uso residencial, es ajustada a derecho la declaración que hace la resolución recurrida de la actividad como no susceptible de legalización y, en consecuencia, la orden de clausura de la actividad en ella acordada.

Sexto.- Se alega finalmente como motivos de impugnación de la resolución recurrida haberse producido un exceso en el ejercicio de la competencia urbanística por parte del Ayuntamiento de San Sebastián a través del Plan general de Ordenación Urbana, con la vulneración del artículo 2.2 j),

3 y 53 de la Ley 13/2016 de 28 de julio, de Turismo del País Vasco, y, en consecuencia, una vulneración del principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Señala a este respecto la recurrente que el artículo 2.2.j) de la Ley Vasca 13/2016, de 28 de julio, de Turismo, cuando define qué se entiende como establecimiento de alojamiento turístico, entendiéndose como aquel en el que se prestan servicios turísticos de alojamiento, no se incluyen en esta definición las viviendas para uso turístico; siendo competencia de la Administración Autonómica, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, c) de la referida Ley de Turismo "clasificar y delimitar los usos urbanísticos".

Asimismo continúa razonando la recurrente en su demanda que "por tanto el Ayuntamiento de San Sebastián, a través de la resolución recurrida, al equiparar el arrendamiento de vivienda para uso turístico con la actividad hotelera, para encuadrarlo dentro del uso urbanístico hotelero, no ha atendido las definiciones y delimitaciones establecidas por la Ley de Turismo, sino que ha impuesto la suya propia invadiendo de este modo la competencia de la Administración Autonómica de clasificar y delimitar los recursos turísticos.

El Ayuntamiento de San Sebastián ha obrado ilegítimamente porque no es materia urbanística clasificar y delimitar los recursos y actividades turísticas, cuestión reservada a las normas de fomento de tales recursos y actividades de competencia del Gobierno Vasco.

Lo que el ordenamiento jurídico realmente dice que corresponde al Ayuntamiento de San Sebastián es el encuadre de las categorías turísticas definidas por la Administración Autonómica dentro de los usos urbanísticos del PGOU del municipio.

Así, el encuadre de la actividad de arrendamiento de vivienda para uso turístico, al estar perfectamente delimitada de la actividad hotelera por la normativa sectorial del Gobierno Vasco, debió haberse realizado dentro del uso residencial en los términos expuestos en el apartado anterior"

Finalmente considera la recurrente que la referida regulación del PGOU contraria a las prescripciones de la Ley de Turismo del País supone una infracción del principio

de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

Este juzgador no comparte la argumentación dada por la actor, compartiendo por el contrario la argumentación ofrecida en un caso similar por la Sentencia de fecha 5 de diciembre de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de San Sebastián en su fundamento de derecho cuarto que establece que "Resultando sin embargo que la interpretación de la parte recurrente no puede estimarse en cuanto que como indica la corporación local en su escrito de demanda, a la hora de decidir la tipificación de los apartamentos urbanísticos en orden a aplicar las Normas Urbanísticas lo que importa es la regulación de los usos en esas normas y no la regulación sectorial turística. En efecto, como también indica el Ayuntamiento, que los apartamentos turísticos sean clasificados en la normativa sectorial como establecimientos extrahoteleros no impide que de conformidad con lo dispuesto en las Normas Urbanísticas y a efectos urbanísticos el uso de los apartamentos turísticos sea tipificado como un uso terciario hotelero.

En definitiva, el enfoque desde el que debe resolverse la cuestión discutida entre las partes es que en la regulación de los usos ha de aplicarse la normativa urbanística que no la sectorial turística, siendo que conforme a la misma el alojamiento turístico es un uso terciario hotelero."

En efecto, que los denominados apartamentos turísticos constituyan, con arreglo a la normativa sectorial, establecimientos extrahoteleros no impide que de conformidad con lo dispuesto en las Normas Urbanísticas y a efectos urbanísticos el uso de los apartamentos turísticos sea tipificado como un uso terciario hotelero, siendo así que, conforme a la normativa urbanística en vigor (PGOU de Donostia-San Sebastián), el alojamiento turístico es un uso terciario hotelero. Considero que la posibilidad de los Ayuntamientos de establecer limitaciones, a través de las correspondientes Normas Urbanísticas, a los apartamentos turísticos cuando pretendan establecerse en un inmueble en el que existen viviendas residenciales no constituye vulneración alguna de la legislación sectorial alguna, concretamente en el caso concreto enjuiciado de la Ley de Turismo del País Vasco, ni, por consiguiente, del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española; ello en la medida en que dicha competencia de los municipios vascos para efectuar dicha regulación limitativa vendría amparada por la competencia que se atribuye a los mismos en el artículo 25.2, letra d)

de la LBRL para ejercer sus propias competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, sobre ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, habiendo sido examinado en los párrafos anteriores la congruencia del artículo 9.1.A) de las Normas Urbanísticas al exigir para considerar que el uso urbanístico sea el residencial propio de la vivienda que nos encontremos ante el domicilio habitual y permanente de su morador o moradores con el desarrollo que el Gobierno Vasco ha efectuado de la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco que en su "Anexo I. Clasificación normalizada de los usos residenciales" dispone "Uso residencial vivienda. Definición. Se entiende por uso residencia vivienda el alojamiento permanente de personas cualquiera que sea el tipo de edificio y promoción (libre, protegida); así como en la letra h) del referido artículo 25.2 de la LBRL que atribuye competencia a los municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, para la protección de la salubridad pública, pues es obvio que un establecimiento incontrolado de los referidos apartamentos turísticos en inmuebles destinados con carácter principal a usos exclusivamente residenciales, con la posibilidad de uso y ocupación de los lugares y servicios comunes del inmueble por un número elevado y cambiante de personas usuarias de los referidos apartamentos turísticos, afecta la convivencia y, por consiguiente, el bienestar de los residentes permanentes en el inmueble comprometiéndose potencialmente la salud de los mismos por la potencial proliferación de ruido por el trasiego de personas, equipajes etc. por las zonas comunes del inmueble; siendo precisamente la protección de la convivencia y el bienestar de las personas residentes permanentes en un inmueble ubicado en un municipio lo que persigue proteger la limitación de establecimientos hoteleros prevista en el artículo 59.2 e) del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián que engloba, como hemos expuesto anteriormente y por las razones expuestas a los apartamentos turísticos; sin que se aprecie invasión de competencia alguna ni vulneración del principio de jerarquía normativa pues las normas urbanísticas deben regular los usos urbanísticos de los inmuebles debiendo tener en cuenta, entre otros parámetros, asegurar la convivencia y el bienestar de los vecinos en ellos residentes.

Por todo lo anterior procede la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

Séptimo.- Habiendo sido desestimadas íntegramente las pretensiones de la parte actora se imponen a la misma las costas del proceso, si bien limitadas por todos los

conceptos hasta una cifra máxima de 100 euros, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 y 4 de la LRJCA.

FALLO

Desestimo íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil contra la resolución indicada en el encabezamiento, la cual se declara ajustada a derecho y se confirma en todos sus extremos; con expresa imposición de costas a la actora, si bien limitadas por todos los conceptos hasta una cifra máxima de 100 euros.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco de Santander, con nº 3834 0000 93 0825 17 código de recurso 22, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado que la dicta, estando celebrando audiencia pública el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.