



Roj: **STSJ AS 1367/2021 - ECLI:ES:TSJAS:2021:1367**

Id Cendoj: **33044330012021100354**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/04/2021**

Nº de Recurso: **207/2020**

Nº de Resolución: **358/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JULIO LUIS GALLEGO OTERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00358/2021

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: 207/20

RECURRENTE: COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000

Procuradora: D^a Cristina García-Bernardo Pendas

RECURRIDO: CONSEJERIA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y TURISMO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

Representante: Sr. Letrado del Principado

CODEMANDADO: NORANALON, S.L.

Procurador: D. Francisco Robledo Trabanco

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Dabid Ordoñez Solís

Magistrados:

D. Julio Luis Gallego Otero

Dña. María Pilar Martínez Ceyanes

En Oviedo, a treinta de abril de dos mil veintiuno.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente *sentencia* en el recurso contencioso administrativo número 207/20, interpuesto por **la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000**, representada por la Procuradora D^a Cristian García-Bernardo Pendas, bajo la dirección letrada de D. Miguel Gómez Gordillo, contra la CONSEJERIA DE EMPLEO, INDUSTRIA Y TURISMO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y defendido por el Sr. Letrado del Principado, siendo codemandado NORANALON, S.L., representado por el Procurador D. Francisco Robledo Trabanco, actuando bajo la dirección letrada de D. Manuel Herminio García Álvarez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JULIO LUIS GALLEGO OTERO.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

TERCERO.- Por Auto de 11 de junio de 2020, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 29 de abril pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Consejería de Empleo Industria y Turismo, de fecha 1 de Julio de 2019, que desestima el recurso de reposición de la Resolución de fecha 22 de Mayo de 2019, que acuerda la inscripción definitiva en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas del Principado de Asturias de una vivienda sita en el edificio comunitario como Vivienda de Uso Turístico.

Con la acción ejercitada la parte recurrente pretende se dicte por la que estimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo: A) Se declare nulo, anulable o deje sin efecto el acto impugnado; asimismo, y a consecuencia de la anterior declaración, se declare nula, anulable o se deje sin efecto la resolución de 22 de Mayo de 2019 de la Consejería de Empleo Industria y Turismo por la cual se acuerda inscribir en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas como Vivienda de Uso Turístico el establecimiento denominado vivienda de lujo en el centro de Oviedo, sito en DIRECCION000 , NUM000 , de Oviedo, con la signatura NUM001 ; revocando la inscripción de la vivienda en el mencionado Registro con las consecuencias inherentes a tal revocación. B) Y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

SEGUNDO.- Las defensas de las partes codemandadas solicitan se dicte sentencia que se desestime el recurso, declarando ajustada a Derecho la Resolución impugnada, con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- La pretensión de nulidad, anulabilidad o que se deje sin efecto la resolución impugnada por aplicación de los Arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, se fundamenta en la ilegal inscripción en el Registro de Empresas y Actividades Turísticas contraviniendo lo dispuesto en el Art. 27 de la Ley 7/2001, de Turismo, y los Arts. 27 y 30 del Decreto 48/2016, de 10 de agosto, de Viviendas Vacacionales y Viviendas de Uso Turístico. Y ello por el claro carácter empresarial o profesional que tiene la actividad desarrollada a través de viviendas de uso turístico, y este uso está prohibido en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios teniendo en cuenta la propia configuración del edificio, distribuido en dos portales diferenciados, uno de los cuales da acceso a las viviendas, y el otro a los locales y oficinas, lo que revela la intención de la norma estatutaria de restringir el uso de las viviendas con acceso a través de la C/ DIRECCION000 únicamente al de vivienda o residencia habitual, con su nota característica de permanencia. A mayor abundamiento, el propio firmante de la declaración en representación de NORANALON S.L., reconoció expresamente la realidad de la prohibición estatutaria. Y para finalizar no debe obstar la fundamentación contenida en la resolución impugnada, con alusión a la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 911/2018, 933/2018, 937/2018, 938/2018 y demás relacionadas, toda vez que las mismas resuelven una cuestión litigiosa ajena a la presente sin que nieguen el carácter empresarial o profesional de la actividad de vivienda de uso turístico tenga. Más bien al contrario, los pronunciamientos de aquellas resoluciones se fundamentan en el derecho a la libre empresa (Art. 38 CE) y en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios profesionales en el mercado interior, en la cual se define servicio (Art. 3) como "cualquier actividad



económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado". Refuerzan los argumentos anteriores la STS, Sala de lo Contencioso- Administrativo, nº 625/2020, de 1 de Junio de 2020, que califica la actividad de vivienda vacacional o de uso turístico como actividad empresarial.

La defensa de las partes codemandadas sostiene por contra la legalidad de la resolución impugnada valiéndose de razones sustancialmente coincidentes. El Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias entiende que el uso turístico o vacacional se haya comprendido dentro del uso residencial y, por tanto, permitido el artículo 31 de los estatutos de la comunidad demandante, como lo corrobora el hecho de que existe al menos otra mercantil que tiene formalizados contratos de alquiler sobre los predios correspondientes al 9ºC y 10ºC. Por lo tanto, la comunidad permite los contratos del alquiler sobre las viviendas, esto es, los contratos de uso residencial y no se muestra conforme con el alquiler vacacional por entender que el mismo incumple los estatutos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sus sentencias 911/2018, 933/2018, 937/2018 y 938/2018, sobre viviendas de uso turístico, que rechazan expresamente que "el uso residencial se vincule exclusivamente a viviendas constitutivas de domicilio habitual", añadiendo que "la vivienda que se destina a alojamiento turístico temporal no pierde por ese hecho su carácter residencial, de igual modo que una vivienda no pierde el carácter de residencia habitual del propietario porque en la misma se alojen transitoriamente familiares o amigos, o porque se ausenten los residentes en períodos vacacionales o de trabajo" (Sentencia 246/2018).

A los razonamientos precedentes la defensa de la parte codemandada suma el que existe autorización municipal expresa de cumplimiento de normativa municipal en base a la declaración de la Vivienda de Uso Turístico como uso exclusivo residencial de la vivienda, y de que hay que partir de la definición de uso residencial, y del contenido del concepto jurídico, es claro que las viviendas de uso turístico entran dentro del uso residencial, por lo cual estamos ante un uso permitido en los Estatutos, ya que se trata de un arrendamiento o alojamiento, difiriendo únicamente en la duración del mismo, pero no en su objeto, respecto al arrendamiento regulado en la LAU, que se ocupa de una relación contractual precisa distinta aunque sobre prestación básica idéntica (cesión de uso temporal de vivienda). Frente al criterio expuesto la contraria confunde uso de la vivienda, que es residencial, con actividad en la vivienda, (ya sea profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales) que no existe. La titularidad o actividad de la mercantil es ajena al uso, ya que éste, como arrendamiento, en la modalidad que sea, es ejercido por el arrendatario, no por el titular, que es una sociedad limitada de carácter patrimonial que no tiene trabajadores, por lo tanto el alquiler de sus viviendas sin proporcionar la prestación de servicios no tiene la consideración de actividad empresarial, como tiene informado la Agencia Tributaria, que este tipo de alquiler no es una actividad empresarial y los rendimientos derivados de la misma tampoco tendrán la consideración de rendimientos de actividades económicas. Y para finalizar este alegato defensivo, se dice que Ley 7/ 2001, de 22 de junio, de Turismo del Principado de Asturias, al establecer qué debe considerarse por empresas turísticas en su artículo 3, esta definición es aplicables "a los efectos de la presente ley". Para esta parte no existe su reconocimiento de la prohibición, ya que, desde el punto de vista jurídico, el Administrador puede ser definido como un gestor de negocios ajenos, o como órgano de gestión de la empresa o persona jurídica, y carece de facultades de renuncia a derechos titularidad de la mercantil, derecho de propiedad o establecimiento de limitaciones a este derecho, cesiones gratuitas, que únicamente será competencia de la Junta General.

CUARTO.- Planteada la controversia que enfrenta a las partes en los términos reseñados en el fundamento precedente, para resolverla hay que tener en cuenta los presupuestos que la definen, en particular, la disposición estatutaria que establece que "en los departamentos independientes del edificio (viviendas) a los que se accede por el portal NUM000 , con entrada por la CALLE000 (ahora DIRECCION000), no podrán ejercerse actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de ningún tipo, reservándose su uso al de carácter exclusivamente residencial", como la propia configuración del edificio, distribuido en dos portales diferenciados, uno de los cuales da acceso a las viviendas, y el otro a los locales y oficinas. Sobre la calificación del destino turístico y/o vacacional se ha pronunciado esta Sala en las sentencias que se citan la resolución recurrida y las partes codemandadas, las sentencias de la jurisdicción civil que se han aportado como hechos nuevos con posterioridad al escrito de conclusiones, y la resolución del Ayuntamiento de Oviedo. Estos pronunciamientos y actos, al margen de que sean o definitivos y que se hayan dictado en procedimientos ajenos al presente, inciden en la misma cuestión y coinciden sustancialmente en las consideraciones de sus respectivas decisiones. Las sentencias de esta Sala señalan que la vivienda no pierde su carácter residencial por estar destinada a alojamiento turístico temporal, toda vez que el uso propio de residencia ya sea provisional o permanente, tiene igual contenido, sin que por ello pierda la condición de domicilio, ni porque esta relación está excluida de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En las sentencias de otros órganos jurisdiccionales, se dice con base en el hecho que la demandada propietaria de la vivienda los arrienda a otra, con la finalidad de desarrollar alquiler de uso turístico de las viviendas, que en dichas viviendas se ejercita una actividad



comercial, empresarial, que consiste en el uso residencial de las viviendas, concurriendo ambos usos, sin que ello suponga alterar el uso de la elemento privativo caracterizado como vivienda destinada al ejercicio, dentro de ella, de actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de cualquier tipo, por lo que el uso turístico no deja de ser residencial, aun siendo consecuencia de un previo uso empresarial dado por las demandadas. Para la realización de los usos residenciales en qué consiste la vivienda vacacional y la vivienda de uso turístico, no existe normativa municipal distinta que la requerida para usos residenciales. Como alquiler de vivienda la califica también la Agencia Tributaria incluyendo en el epígrafe correspondiente a dicha actividad y que los rendimientos obtenidos de su desarrollo tendrán la consideración de rendimientos de capital inmobiliario.

La relación precedente confirma la legalidad de la resolución recurrida respecto de que no es aplicable la disposición estatutaria que prohíbe expresamente que en las viviendas se desarrollen actividades profesionales, empresariales, mercantiles o comerciales de cualquier tipo, pero no cuando el uso sea residencial es el que corresponde al destino del predio a usos turísticos mediante su arrendamiento como actividad económica consistente en la explotación comercial de dicha vivienda, teniendo en cuenta que los derechos y facultades de los propietarios vienen determinados por el uso y condiciones de aplicación. En estos casos y de acuerdo a la normativa específica en la interpretación realizada por esta Sala el concepto de residencia o uso residencial no se identifica con permanencia o continuidad, por más de que se proscriba que no se pueda convertir en residencia principal o secundaria, y no obsta a ello que se desarrolle como actividad económica mediante la cesión del predio a terceros y se considere a tales efectos como actividad empresarial.

Para finalizar este examen por las consideraciones formales que alega la parte codemandada y las sustantivas derivadas de la aplicación del régimen comunitario, que establece el uso residencial de las viviendas como permitido y el turístico se puede incluir en aquel.

QUINTO.- Concurren en el presente caso los supuestos de excepción legalmente establecidos a la aplicación de la regla del vencimiento objetivo de imposición de las costas devengadas en esta instancia a la parte demandante cuando se desestime el recurso, en tanto estamos en presencia de serias dudas de derecho sobre la interpretación de la limitación de usos de la vivienda establecida en los Estatutos de la Comunidad, y que los criterios contradictorios de las partes descansan en sentencias que los avalan y en exegesis razonables desde el contexto que se analice el término residencial, y que este aprovechamiento está asociado al objeto social de la sociedad titular del inmueble, que lo explota para obtener los correspondientes rendimientos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña Cristina García Bernardo Pendas, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Oviedo, contra la Resolución de la Consejería de Empleo Industria y Turismo, de fecha 1 de Julio de 2019, y confirmar por ser ajustado a derecho el acto recurrido. Sin expresa imposición de las costas devengadas en esta Instancia.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia la infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.