

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. ACTIVIDAD MASAJISTA.

Denegación procedente. Alegación por el Ayuntamiento en constestación a la demanda de nuevos motivos. Procedencia indefensión inexistente.

Uso improcedente según normativa PGOU, salvo que la vivienda sea residencia habitual. Residencia habitual no probada.

Existencia de discriminación por Comunidad de Propietarios. Motivo no examinable en la Jurisdicción Contencioso pues solo atiende a corrección actuación Administración, no de terceros.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Alfonso Tello Abadía

En la ciudad de Zaragoza, a veinticuatro de enero de dos mil ocho.

Vistos por mi, D. José Alfonso Tello Abadía, Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de los de Zaragoza, los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO nº 412/06, seguidos a instancia de D^a D.S. representada y defendida por la Procuradora D^a B. y el Abogado D. S., contra la resolución del AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA de fecha 22-5-06 denegando licencia de apertura, y siendo codemandado COMUNIDAD PROPIETARIOS D., resultan los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5-09-06 fue turnado a este Juzgado procedente del Juzgado Decano de los de esta ciudad, escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución arriba indicada. Mediante proveído de fecha 20-09-06, se tuvo por interpuesto dicho recurso y se reclamó el expediente administrativo a la Administración Demandada. Recibido con fecha 6-10-06, se dio traslado a la demandante que con fecha 6-11-06 presentó demanda.

Mediante resolución de 7-11-06 se tuvo por evacuado el trámite y se dio traslado a la defensa de la Administración para que contestase la demanda, evacuando dicho trámite mediante escrito presentado a 18-12-06. Por resolución de fechas 20-12-06 se dio traslado a la codemandada a fin de contestar la demanda, evacuando dicho trámite con fecha 25-1-07.

Mediante auto de fecha 31-1-07 se fijó la cuantía del presente procedimiento y se abrió el recurso a prueba, practicándose las admitidas a las partes con el resultado que obra en autos.

Con fecha 20-4-07 se declaró concluso el periodo probatorio y mediante resolución de 30-5-07 quedó el recurso para sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales y su cuantía es de . . . pesetas.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se refiere este recurso contencioso administrativo a la impugnación formulada contra la resolución del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 18/05/2006 por la que se denegaba a la hoy demandante licencia de apertura para la actividad de masajista sita en Calle Capitán Esponera nº 6, 1º Izquierda de esta Ciudad de Zaragoza. La resolución municipal deniega la licencia por considerar que la actividad que se desarrolla en el local es la prostitución y no la de masajista, con fundamento en el Auto 302/06 de 10 de enero de la Audiencia Provincial de Zaragoza. La demandante

se opone a la actividad administrativa y aduce como motivos, uno primero en el que sin negar que en el piso se ejerza la prostitución, propone una sutil diferencia entre la habitación que va a destinarse a los masajes y el resto de piezas que allí pueda haber. Insiste que los masajes va a ser el destino de la pieza, que incluso se ha dado de alta en los registros fiscales como masajista. Se queja también de la motivación de la resolución sancionadora y de que la Comunidad de propietarios la discrimina frente a otros pisos que están ocupados por otro tipo de profesionales.

Si bien la resolución administrativa es clara en su motivación, otra cosa será que no guste a la parte, se funda, como se ha dicho en que en realidad se está ejerciendo la prostitución, no obstante, la defensa de la Administración, al motivo que ya se había dicho en la resolución administrativa, añadió otro que también constaba en el expediente administrativo: no era la vivienda de la titular. La alegación de este motivo no supone ninguna indefensión para la parte, pues conforme al art. 56.1 de la LJCA, en la contestación a la demanda “..podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración.” Es decir, nada impedía a la defensa de la Administración para, en la contestación a la demanda, señalar nuevos motivos por los que procedería confirmar la actuación administrativa. Además en el presente caso, no se trata de un motivo enteramente nuevo, pues es una cuestión que ya se examinó en el expediente administrativo

Así las cosas, procederá comenzar por el examen de este último motivo, el de la vivienda de la demandante. Viene a mantener que sí es su vivienda habitual y para demostrarlo aporta certificado de empadronamiento. Es cierto que conforme al art. 16 de la Ley de Bases de Régimen Local: “El padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el Municipio y del domicilio habitual en el mismo. Las certificaciones que de dichos datos se expidan tendrán carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos.” No obstante lo que señala, el precepto, nada impide que se pueda demostrar por otros medios que el domicilio que señala el padrón no tiene la condición de domicilio habitual del inscrito, teniendo por tanto, la consideración de presunción “iuris tantum”. Al respecto debe tenerse presente que con la sola presentación de la escritura de la que resulte la titularidad de la vivienda ya sería título suficiente para obtener la inscripción padronal en un determinado lugar, sin necesidad de acreditar nada más sobre la efectividad de la residencia en ese domicilio. Así pues, nada impide que se pueda acreditar de otra manera que la inscripción padronal no es correcta, al ser una presunción susceptible de destrucción mediante prueba en contrario.

Conforme informó el Ayuntamiento de Zaragoza, la demandante estuvo empadronada en la calle Capitán Esponera nº 6 desde 5/08/2005, hasta 13/06/2006, en que pasa al Camino de las Torres de Zaragoza, hasta 8/03/2007 que vuelve a empadronarse en la Calle Capitán Esponera. La licencia se solicitó con fecha 13/12/2005, por lo que al menos en esa fecha sí que estaba empadronada en el lugar que pretendía licenciar. Ahora bien, existen motivos para estimar que en realidad su domicilio habitual no se encuentra en la calle Capitán Esponera, así resulta de la Tarjeta de Residente Comunitario de la Sra T., válida hasta 21/10/2009 en la que figura como domicilio el de Camino de las Torres, y especialmente del informe de la Policía Local de 15/01/2006, cuyos agentes se desplazan al edificio de la calle Camino las Torres nº 99, y comprueban que el nombre de la demandante figura en las plazas de los buzones, y preguntando a los vecinos comprueban que la Sra. T. vive allí. A mayor abundamiento puede citarse también las declaraciones prestadas por las personas que declararon ante la Policía Nacional con motivo de la intervención llevada a cabo en el piso 1º izda. de la calle Capitán Esponera, de las que resulta que la Sra. T. no vive allí. Es decir, existe suficiente prueba para estimar que el piso 1º izda, del nº 6 de la calle Capitán Esponera no es su domicilio habitual.

La consideración de si se trata de la vivienda de la titular no es baladí a los efectos de lo que aquí importa. Partiendo de que conforme al art. 2.6.5.3. de las Normas Urbanísticas del PGOU, al tratarse de un local en un edificio con viviendas. con acceso común con éstas, estaría en situación a) Al regular el art. 2.6.6.2 del mismo PGOU las condiciones de compatibilidad según la situación de los edificios señala: “Se permiten los usos indicados en las normas específicas de cada zona, con las limitaciones de actividad y que se indican en cada caso.” A continuación aclara

que “En todos los casos en que se limitan los usos admitidos a determinadas plantas, la caracterización de éstas se atenderá a lo dispuesto en capítulo 2.2 de estas normas, de modo que por planta primera deberá entenderse la inmediatamente superior a la baja, con independencia de que pudiera denominarse, en un edificio concreto, entresuelo o principal.” De manera que a estos efectos, aunque el departamento en que se pretende ubicar la actividad se considere como primer piso, es un tercero, al existir otros dos pisos entre la planta baja y el departamento de la recurrente.

SEGUNDO.- Sentado lo que se acaba de decir, debe resolverse continuación la calificación del uso que se pretende, que como ya se ha dicho es para realizar masajes. La Administración demandada, con buen criterio, equipara dicha actividad a la de oficinas, considerando que en realidad, se trata de un despacho profesional. Interpretación que además favorece a la demandante, pues de calificarse en otro de los usos previstos en el art. 2.7 del PGOU no podría instalarse la actividad en una planta tercera de un edificio como el de la calle Capitán Esponera nº 6, de manera que debe considerarse que se trata del uso previsto en el art. 2.7.10 del PGOU. Vistas las condiciones de uso que prevé el art. 4.1.8. de este último, resulta que conforme al apartado E) del mismo las oficinas en situación a) que como se ha visto es la que corresponde al edificio, sólo se admiten despachos profesionales en la vivienda del titular y oficinas en plantas de semisótano, baja y primera.

Así pues sólo sería posible la instalación de la actividad en la planta tercera del edificio si estuviera en el mismo departamento la vivienda del titular, y resultando que ya más arriba se ha concluido que no constituye vivienda del titular, no queda sino concluir que se trataría de un uso no permitido, por lo que se acaba de decir.

Aunque nada ha dicho la parte demandante al respecto; para el caso de que se considerase que en realidad se trata, el proyectado de un uso comercial, por considerarlo semejante a un salón de belleza en los términos del art. 4.1.8 D) del PGOU, aunque existen serias dudas de que los masajes que se vayan a ofrecer en el local sean de belleza, pues en ese caso, aun cuando el precepto señalado no exige que sea además, vivienda habitual, conforme al apartado C) limita la superficie a 30 metros cuadrados. Limitación que en el presente caso no consta, que sea así, pues aunque se pretende limitar la actividad a una determinada pieza, es evidente a la vista de la prueba practicada y especialmente de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de esta Ciudad con fecha 5/05/2006, que en el mencionado departamento se está ejerciendo la prostitución, y no se delimita de una forma clara una actividad de otra en el interior del departamento, por lo que tampoco reuniría las condiciones exigidas por la normativa de aplicación.

Añadir a lo dicho, que no es esta Jurisdicción, la que debe examinar la existencia de discriminación por parte de la Comunidad de Propietarios, pues sólo atiende a la corrección de la actuación administrativa, no la de terceros particulares.

En definitiva, no queda sino concluir que la actividad impugnada está ajustada al ordenamiento jurídico y no procede sino la desestimación del recurso.

TERCERO.- No se aprecian motivos que justifiquen la imposición de costas procesales a ninguna de las partes por no apreciarse temeridad o mala fe en sus respectivas posturas en los términos del art. 139 la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por D^a D. contra la resolución del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 18/05/2006 por la que se denegaba a la hoy demandante licencia de apertura para la actividad de masajista sita en Calle Capitán Esponera nº 6, 1º izquierda de esta Ciudad de Zaragoza.

SEGUNDO.- No imponer las costas a ninguna de las partes.

Así por esta sentencia, contra la que podrá interponerse recurso de apelación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el término de los quince días siguientes a su notificación lo pronuncio, mando y firmo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 138/2008. Sentencia de 23/12/2011

TEMA: INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

LICENCIA DE APERTURA. ACTIVIDAD MASAJISTA.

Denegación procedente. Actividad no permitida por normas urbanísticas del PGOU al no ser la vivienda residencia habitual del titular de la actividad.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Jesús María Arias Juana (*Ponente*)

MAGISTRADOS

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

En Zaragoza, a veintitrés de diciembre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso de apelación número 138 de 2008, interpuesto por D^{ña}. D.S., representada por el Procurador de los Tribunales D. O. y asistido por el Letrado D. P., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza de fecha 24 de enero de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 412 de 2006; siendo parte recurrida, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora de los Tribunales D^{ña}. N. y asistido por la Letrada D^{ña}. M., y la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS D., representada por el Procurador de los Tribunales D. C. y asistida por el Letrado D. J.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo antes referido, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 24 de enero de 2008, desestimatoria del recurso y confirmatoria de la actuación recurrida, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, por la parte actora se interpuso recurso de apelación solicitando de esta Sala su revocación y la estimación del recurso promovido siendo admitido dicho recurso y dándose traslado a la representación de la Administración demandada y a la de la Comunidad codemandada para que pudieran formalizar su oposición al mismo, lo que así hicieron y tras elevarse las actuaciones a la Sala, se celebró la votación y fallo el día señalado, 21 de diciembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, con desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente, vino a confirmar la resolución administrativa recurrida, del Vicepresidente del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 18 de mayo de 2006, por la que le fue denegada la licencia de apertura solicitada para la actividad de masajista, en el inmueble sito en la calle Esponera número 6, principal izquierda, de Zaragoza, y ello por cuanto que la actividad que en él se desarrollaba realmente era la prostitución.

SEGUNDO.- La referida sentencia estima conforme a derecho la denegación de la licencia solicitada y ello, en esencia, aparte del referido motivo expresado en la resolución recurrida, porque, como se adujo por la representación municipal y había sido objeto de examen en el expediente, el piso en cuestión no constituye la vivienda habitual de la recurrente y se ubica en una tercera planta del edificio, por lo que la actividad pretendida -que equipara la Administración, con buen criterio según el Juzgador, a la de despacho profesional- no estaría dentro de las permitidas en las normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, pues

conforme a su artículo 4.1.8.E) sólo sería posible la actividad de despacho profesional en tercera planta de encontrarse en el mismo departamento la vivienda del titular, añadiendo que tampoco sería posible la actividad en el caso de considerarse que se trata de uso comercial al limitarse en tal caso la superficie a 30 m², limitación que no se da al ejercerse la prostitución en el piso y no delimitarse de una forma clara una actividad de otra.

Frente a la conclusión a la que llega el Juzgador niega la recurrente que el inmueble en cuestión no constituya su domicilio habitual, estimando insuficiente la prueba en la que se basa aquel y aduciendo que en sentencia de la Audiencia Provincial de 25 de septiembre de 2007, cuya copia parcial aporta, se declara probado que sí era y es su domicilio habitual. Pues bien, sobre tal particular se ha de poner de manifiesto que la resolución administrativa recurrida, aún cuestionando que el inmueble para el que pedía licencia la recurrente fuera su domicilio, consideró que ello carecía de relevancia porque lo que se consideraba determinante su denegación era que la actividad que realmente se ejercía era la de prostitución, la que no estaba permitida conforme al artículo 4.1.8 de las Normas Urbanísticas. Por ello, reconociendo, porque así resulta del referido pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que esta Sala no puede desconocer, que en la fecha en que se solicitó la licencia y en el momento de su resolución, el inmueble de la calle Esponera sí constituía el domicilio de la recurrente -no así con posterioridad, al menos en el período del 13 de junio de 2006 al 8 de marzo de 2007 que estuvo empadronada en otro domicilio-, hemos de centrarnos en la cuestión relativa a si la actividad que en él se venía desarrollando no se limitaba a la de masajes en una de sus dependencias sino que se ejercía además o junto a ella en el resto del piso la actividad de prostitución. Y, en efecto, así ha quedado suficientemente probado en las presentes actuaciones y se declara también probado en la referida sentencia de la Audiencia Provincial -sentencia confirmada por la del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/173132) y cuya copia completa aporta la Administración-.

Consecuentemente, ha de estimarse conforme a derecho la actuación administrativa recurrida que denegó la licencia por el expresado motivo, sin que frente a ello puedan acogerse las alegaciones que se efectúan por la recurrente en su apelación, en el sentido de haber cesado la actividad de prostitución tras el dictado de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 8 de esta ciudad de fecha 5 de mayo de 2006 -que declara expresamente que en el piso se realizan actividades relacionadas con la prostitución y acuerda su cese-, pues de ser ello cierto podría dar lugar, en su caso, a una nueva solicitud - de licencia, limitada a la concreta actividad que se pretenda realizar -según dice, masaje terapéutico con especialidad en tratamiento de lesiones deportivas-y a la tramitación de un nuevo expediente en el que pudieran efectuarse por la Administración las comprobaciones que se estimasen oportunas a tal fin y aportarse por la recurrente y la Comunidad codemandadas las pruebas que se estimasen procedentes.

En definitiva el que la recurrente, -como sostiene en su apelación, pudiera ahora reunir todos los requisitos para la obtención de una licencia podría dar lugar, -si ello resultase efectivamente acreditado, a la concesión de la misma con las condiciones que se considerase convenientes, pero en modo alguno puede determinar la anulación de la actuación aquí recurrida cuando resulta claramente de que tanto en el momento en que se solicitó la licencia, como a la fecha de su resolución la misma no podía ser concedida al desarrollarse una actividad no permitida en las normas urbanísticas del Plan General vigente. Por todo lo cual el presente recurso de apelación ha de ser desestimado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas del presente recurso de apelación a la recurrente, al desestimarse totalmente el mismo y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición.

FALLO

PRIMERO.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D^a D. contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de

Zaragoza de fecha 24 de enero de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 412 de 2006.

SEGUNDO.- Imponemos las costas del presente recurso de apelación a la recurrente.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.