

ALQUILER TURÍSTICO VACACIONAL: RESTRICCIONES LEGALES Y JUSTIFICACIONES MEDIOAMBIENTALES Y TERRITORIALES

(PERSPECTIVA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA)¹

Apol·lònia Martínez Nadal
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de las Islas Baleares
apollonia.martinez@uib.es

RESUMEN:

En los últimos tiempos el denominado alquiler turístico vacacional está experimentando un gran desarrollo en España. Frente a sus evidentes ventajas existen también indudables inconvenientes que han provocado su regulación con planteamientos en ocasiones restrictivos e incluso prohibitivos. Por ello, estas regulaciones legales han sido objeto de análisis por parte de la CNMC a fin de determinar si son admisibles desde la perspectiva del Derecho de la competencia. A esta cuestión dedicamos este trabajo, en particular a la justificación de estas restricciones legales por la existencia de una razón imperiosa de interés general, dentro de la que podrían tener cabida novedosos intereses como los derechos de los residentes o intereses relativos a cuestiones medioambientales y territoriales.

NOTA BIOGRÁFICA

Especialista en Derecho del Turismo y de las Nuevas Tecnologías. Autora de 11 monografías, más de 80 capítulos de libro y artículos. Ha impartido más de 60 conferencias. Vocal adscrita de la Comisión General de Codificación para la elaboración de la nueva Propuesta de Código Mercantil (Grupo de Trabajo: contratos turísticos). Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Baleares desde 2005.

PALABRAS CLAVE: arrendamiento turístico vacacional, restricciones, justificaciones

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos el denominado alquiler turístico vacacional de viviendas está experimentando un gran desarrollo en España. El auge de este tipo de actividad está relacionada en gran medida con la posibilidad de utilización de plataformas digitales para ofertar estos alojamientos particulares, lo que permite llegar a multitud de clientes potenciales.

Frente a sus evidentes ventajas (variedad de alojamiento, experiencias turísticas más genuinas, ingresos para el arrendador, etc.) existen también indudables inconvenientes (problemas medioambientales, territoriales y urbanísticos, problemas de sociales de acceso a la vivienda, gentrificación o cambios de los entornos urbanos tradicionales, problemas de convivencia entre residentes y turistas, etc.) que han provocado la regulación legal de este tipo de alquiler, regulación que establece determinados requisitos y exigencias para el ejercicio de esta actividad llegando incluso, en ocasiones, a un planteamiento no meramente restrictivo sino también prohibitivo.

Respecto de las fuentes normativas de tal regulación, cabe recordar que, hasta 2013, se entendía que esta modalidad de alquiler quedaba sometida a la Ley de Arrendamientos

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-63595-R "Big Data, Cloud Computing y otros nuevos retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico" (Investigadora principal: Dra. Apol·lònia Martínez Nadal), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y desarrollado en la Universitat de les Illes Balears.

Urbanos (en adelante, también LAU). La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas modificó el artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece los tipos de arrendamiento que están excluidos del ámbito de aplicación de la LAU². En virtud de esta reforma legal, la cesión temporal del uso de viviendas comercializadas en “canales de oferta turística” se regula por la normativa sectorial específica, esto es, la regulación en materia turística, que es competencia de las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.18 de la Constitución³.

A la vista de lo expuesto resulta que, actualmente, la regulación del alquiler turístico vacacional es competencia de las Comunidades Autónomas, que han aprobado o están en trámites de aprobar normativa específica al respecto. Por lo que se da la situación, paradójica e inconveniente, de existencia de distintas normativas en diferentes territorios autonómicos probablemente con un mismo objetivo (la regulación del alquiler vacacional) pero con distinto contenido. Esta dispersión normativa (que puede afectar al mismo concepto legal de alquiler vacacional⁴) resulta desaconsejable y criticable dada el desarrollo transfronterizo de esta actividad económica, que supera no solo los límites autonómicos sino también los estatales, siendo una actividad en la que está presente con frecuencia un elemento de internacionalidad. Y es que a las distintas normativas autonómicas reguladoras del alquiler de viviendas de uso turístico, hay que sumar las normativas locales que han ido surgiendo a iniciativa de distintos municipios especialmente afectados por la problemática del alquiler vacacional

En cualquier caso, esta regulación legal actualmente tiene como objetivo si no frenar al menos controlar este tipo de actividad económica, estableciendo para ello requisitos tanto de acceso como de desarrollo de la actividad de alquiler turístico vacacional, con el objetivo último de permitir un desarrollo sostenible de este tipo de actividad en el que queden debidamente protegidos los intereses de los distintos actores y agentes afectados. Intereses que, como veremos, más allá de un planteamiento meramente económico, tienen incidencia en aspectos sociales, medioambientales, de protección del entorno urbano, etc.

Por ello, dado este planteamiento restrictivo e incluso prohibitivo, estas normativas autonómicas han sido objeto de análisis por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, inicialmente en el marco de un estudio sobre la Economía Colaborativa, a fin de determinar si estas restricciones o prohibiciones legales son admisibles desde la perspectiva del Derecho de la competencia, que tiene como objetivo

² En concreto, se añade una letra e) al artículo 5, que dispone la exclusión de “la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

³ La justificación de esta modificación se encuentra en el preámbulo de la Ley 4/2013, que argumenta que “en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación”.

⁴ Así, según el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias. son viviendas vacacionales “las viviendas, que amuebladas y equipadas en condiciones de uso inmediato y reuniendo los requisitos previstos en este Reglamento, son comercializadas o promocionadas en canales de oferta turística, para ser cedidas temporalmente y en su totalidad a terceros, de forma habitual, con fines de alojamiento vacacional y a cambio de un precio” (art. 2,a); frente a esta exigencia de cesión de la totalidad de la vivienda, por el contrario, otras normativas autonómicas permiten la cesión parcial de alguna o algunas habitaciones. En el art. 2 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, se definen las viviendas de uso turístico como “...aquellos pisos, apartamentos o casas que, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística, para ser cedidos en su totalidad, por su propietario a terceros, con fines de alojamiento turístico a cambio de un precio”.

permitir el correcto funcionamiento del mercado y el ejercicio de la libertad de empresa, de forma general. E incluso en algunos supuestos la propia Comisión ha interpuesto recursos contencioso-administrativos frente a determinadas normativas (caso de Madrid y Canarias inicialmente, y de forma más reciente, Galicia y Castilla-León) que han dado lugar a sentencias que inicialmente avalaban parte de los postulados de la Comisión en determinados aspectos, pero que últimamente se desmarcan de tales planteamientos.

Y es que, y avanzamos en esta introducción su posición, nuestra autoridad de competencia que se muestra partidaria de liberalizar el ejercicio de esta actividad económica y considera restrictivos e injustificados buena parte de estos requisitos de las normativas autonómicas. Sin embargo, como veremos, los tribunales ha abierto la vía de la necesidad imperiosa de interés general como posible causa justificativa de estas restricciones legales, causa justificativa en la que, como veremos, y por lo que nos interesa a efectos de este trabajo, se incluyen, entre otras, motivaciones medioambientales y territoriales.

A ambos posicionamientos dedicamos este artículo, con la finalidad última de conseguir soluciones legales en las que exista un adecuado equilibrio de los distintos intereses en juego.

II. POSICION DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADO Y LA COMPETENCIA. REFERENCIA A LOS ESTUDIOS E/CNMC/004/15 Y E/CNMC/003/18.

Como hemos señalado, la regulación legal del arrendamiento turístico vacacional en las distintas Comunidades Autónomas ha sido objeto de análisis por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia inicialmente en el marco de un estudio sobre la Economía Colaborativa (“Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa” E/CNMC/004/15), y más recientemente, con fecha 18 de julio de 2018, en el “Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España” (E/CNMC/003/18) a fin de determinar si estas restricciones o prohibiciones legales son admisibles desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

De entrada hay que señalar que la intervención de la Comisión de la Nacional de los Mercados y la Competencia respecto del alquiler vacacional se produjo inicialmente en el marco de su “Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa” cuyos resultados preliminares se publicaron en marzo de 2016, definiéndose la economía colaborativa como “conjunto homogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de Internet”. Por nuestra parte, este es uno de los elementos criticables del informe, ya que el alquiler vacacional no siempre ni siquiera mayoritariamente nos sitúa ante actividades de economía colaborativa, puesto que en muchas ocasiones el arrendador no es un simple particular que alquila su propia vivienda u otra vivienda que tiene disponible sino que gestiona una pluralidad de viviendas destinadas a alquiler vacacional que lo aproximan o incluso convierten claramente en un profesional o empresario del sector (sin que las consideraciones que realiza la Comisión distingan entre estos distintos perfiles de arrendador).

Más acertadamente en cuanto al título y categorización, en el recientísimo “Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España” (E/CNMC/003/18), 18 de julio de 2018, nuestra autoridad de competencia considera que en España existe una gran disparidad normativa en materia de viviendas turísticas producida por la proliferación de normativas autonómicas y locales heterogéneas, por ello recomienda una revisión en

profundidad de la normativa aprobada, a fin de reducir la disparidad. Y, en particular, por lo que nos afecta, considera que algunas regulaciones autonómicas y locales son altamente restrictivas con la actividad de las viviendas turísticas y no tienen reflejo en la regulación de otras capitales europeas.

La principal conclusión, común a ambos estudios, es que muchas de las normas autonómicas y locales en España no superan el test de necesidad y proporcionalidad. En concreto, la CNMC considera que la regulación de las viviendas turísticas tiene que estar motivada por la existencia de un fallo de mercado o una razón imperiosa de interés general, y, además, debe ser proporcionada. Por ello, y tras análisis de la normativa existente, la CNMC realiza las siguientes recomendaciones⁵:

a) Revisar la regulación actual de las viviendas turísticas para asegurar que sea necesaria y proporcionada y reducir la actual heterogeneidad de la normativa, de acuerdo con los principios de regulación económica eficiente.

b) Eliminar restricciones especialmente graves en la regulación de las viviendas turísticas, como la prohibición de licencias para viviendas turísticas, la aplicación de moratorias y zonificación de ciudades, el establecimiento de cupos por zonas, la prohibición de alquilar habitaciones, la limitación de la duración de la estancia, el establecimiento de tamaños mínimos o la regulación de los precios de los alquileres.

c) Evitar requisitos y obligaciones que suponen una carga para los titulares de viviendas, tales como las exigencias de equipamiento y servicios mínimos -climatización, wifi, asistencia telefónica o placas distintivas-, los regímenes de autorización previa o la exigencia de comunicación de precios a la Administración, salvo que resulten indispensables y proporcionados para proteger una razón imperiosa de interés general.

En conclusión, respeto de la normativa española, y a la vista de ambos informes, la autoridad de competencia española manifiesta en este informe que la normativa de las viviendas de uso turístico en España contiene numerosas restricciones de entrada y al ejercicio de la actividad. Estas restricciones deben ser analizadas desde los principios de necesidad y proporcionalidad. Según la Comisión, el establecimiento de estas restricciones a la competencia requiere, previamente, del análisis desde el punto de vista de los principios de regulación económica eficiente y la promoción de la competencia. Si el análisis concluyese que se trata de limitaciones no necesarias y desproporcionadas, deberían no introducirse o, si ya se encuentran en vigor, deberían eliminarse.

Por todo ello, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha impugnado distintas normativas, por considerar que contienen previsiones contrarias a la competencia efectiva en los mercados que garantiza el art. 38 de nuestra Constitución; impugnaciones que han dado lugar a interesantes resoluciones judiciales que analizaremos en el siguiente apartado.

III. LA NECESIDAD IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL COMO POSIBLE JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES LEGALES: PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MOTIVOS MEDIOAMBIENTALES Y TERRITORIALES.

A) PLANTEAMIENTO

Como hemos señalado, la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es favorable a la liberalización del alquiler de viviendas turísticas: tras el

⁵ “Estudio sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España” (E/CNMC/003/18), 18 de julio de 2018,

análisis de estos distintos requisitos y exigencias establecidos en las normativas autonómicas, y también locales, reguladoras del alquiler turístico vacacional, concluye nuestra autoridad de competencia que la mayoría de ellos no se ajustan a los principios de regulación económica eficiente, es decir, en muchos casos no son necesarios (no existe un fallo de mercado que justifique una posible intervención para proteger una razón imperiosa de interés general) o no son proporcionados (existen alternativas que generan menores distorsiones en el mercado). Según la Comisión, estas normativas limitan la presión competitiva en el mercado y genera una pérdida de bienestar para la sociedad (precios más elevados, menor calidad, menor variedad y menor fomento de la innovación).

En este punto, y vista la problemática planteada, consideramos que se trata de analizar el régimen jurídico existente a fin de establecer soluciones equilibradas para los distintos intereses en juego. Y, en concreto, y respecto a estas conclusiones de la CNMC, consideramos que puede, y probablemente debe, plantearse la admisibilidad de determinadas exigencias restrictivas basadas en la existencia de un imperioso interés general superior y preferencial contemplado en el Derecho de la Competencia como posible justificación de medidas inicialmente anticompetitivas, y al que alude la Comisión en sus argumentaciones. Y esta vía del interés preferencial debe ser explorada por las autoridades regulatorias a la hora de regular la actividad de alquiler turístico vacacional; y debe ser tenida en cuenta por los tribunales a la hora de enjuiciar la legalidad de este tipo de iniciativas normativas. Y así ocurre, como veremos a continuación, en algunas de las resoluciones de los tribunales españoles recaídas sobre la materia.

Nos centramos a continuación en esta idea de la “necesidad imperiosa de interés general” como justificación de posibles restricciones legales, y, en especial, su apreciación por nuestros tribunales.

B) LA NECESIDAD IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL: APRECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS MOTIVACIONES MEDIOAMBIENTALES Y TERRITORIALES.

En efecto, como hemos anticipado, en algunos supuestos la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha interpuesto recursos contencioso-administrativos frente a determinadas normativas (caso de Madrid y Canarias inicialmente, y posteriormente, Galicia y Castilla-León) que ya han sido objeto de distintos pronunciamientos judiciales⁶. En concreto, existen hasta la fecha los siguientes pronunciamientos judiciales sobre normativas autonómicas reguladoras del alquiler turístico vacacional, pronunciamientos que resuelven recursos contencioso-administrativos interpuestos por nuestra autoridad de competencia o bien por entidades del sector turístico:

a) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, Sentencia 291/2016, de 31 de mayo de 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Servicio Jurídico del Estado e Instituciones Públicas, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los

⁶ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se encuentra legitimada para la interposición de estos recursos conforme al art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la citada Comisión; en dicho precepto se dispone que “...En el cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la Jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”. Por tanto, la existencia de un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados es el elemento otorga legitimación a la Comisión para la impugnación de las normativas autonómicas.

Mercados y de la Competencia (CNMC), contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17.3 del mencionado Decreto.

b) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, Sentencia 292/2016, de 31 de mayo de 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Madrid Aloja, contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17 1. 3. y 5 del mencionado Decreto, siendo parte demandada la Comunidad Autónoma de Madrid⁷.

c) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, Sentencia 417/2017, de 21 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que resuelve recurso interpuesto por la Federación española de Asociaciones de viviendas de uso turístico y apartamentos turísticos (FEVITUR) y la Comisión Nacional para los Mercados y la Competencia, contra determinados preceptos del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

d) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA, Sentencia de 15 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia, contra determinados preceptos del Decreto 12/2017 de 26 de enero por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.

e) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, Sentencia nº 86 de 2 de febrero de 2018, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve recurso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que se impugna el Decreto 3/2017 de 16 de febrero, enero por el por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León. Y también, del mismo Tribunal y Sala, Sentencia nº 88 de 5 de febrero de 2018, que desestima el recurso presentado por la Federación española de Asociaciones de viviendas de uso turístico y apartamentos turísticos (FEVITUR) contra el Decreto 3/2017, de 16 de febrero por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León.

Y, en línea con nuestra propuesta, ha de señalarse que los tribunales españoles, de forma reciente, en algunas de estas distintas resoluciones recaídas a raíz de la impugnación de determinadas normativa autonómicas reguladoras del alquiler vacacional, consideran admisibles determinadas restricciones legales (zonificación, techo máxima de plazas, exclusión de viviendas en régimen de propiedad horizontal o en función de determinada tipologías edificatorias) con base precisamente en una novedosa y evolucionada interpretación de la necesidad imperiosa de interés general justificativa de tales restricciones e incluso prohibiciones.

⁷ Y también, del mismo Tribunal y Sala, y básicamente con el mismo contenido, Sentencia 302/2016 de 2 de junio, y Sentencia 303/2016 de 2 de junio.

1) APROXIMACIÓN A LA IDEA DE NECESIDAD IMPERIOSA DE INTERÉS GENERAL

De forma previa hay que recordar mínimamente los fundamentos del Derecho de la Competencia en los que se basan las actuaciones de nuestra autoridad de competencia y las resoluciones de nuestros tribunales en la materia. En efecto, las premisas del análisis de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se hallan en los siguientes fundamentos legales: en primer lugar, el principio de libertad de empresa, consagrado en el art. 38 de la Constitución española de 1978; en segundo lugar, la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y la correspondiente ley española de incorporación; en tercer lugar, la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado.

De este marco legal español y comunitario se deducen los siguientes principios rectores: de entrada, en efecto, rige el principio de libertad de empresa y el principio de libre funcionamiento del mercado. Sin embargo, tales libertades no son absolutas: pueden existir restricciones a las mismas, pero toda restricción o prohibición debe estar justificada, siendo, a estos efectos, el elemento fundamental la existencia de una necesidad imperiosa de interés general: en efecto, los artículos 9 y siguientes de la Directiva 2006/123/CE permiten limitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio si está justificado por razones imperiosas de interés general (RIIG), entre las que se encuentran, de acuerdo con el artículo 4.8, la protección de las personas consumidoras, la protección del medio ambiente y del entorno urbano o los objetivos de política social, entre otros⁸. Y, finalmente, la medida restrictiva, o prohibitiva, debe ser necesaria y proporcional y ser también la menos gravosa.

En este sentido, son claras e ilustrativas las consideraciones al respecto contenidas en la Sentencia nº 86 de 2 de febrero de 2018, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que resuelve recurso interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el que se impugna el Decreto 3/2017 de 16 de febrero, enero por el por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León. En efecto, en el Fundamento de Derecho Segundo se realiza las siguientes consideraciones sobre el marco legal para la resolución del recurso, con una especial incidencia en la “necesidad imperiosa de interés general” como justificación de posibles restricciones legales en materia de arrendamiento turístico vacacional:

“El análisis de este recurso debe comenzar refiriéndonos al marco normativo aplicable, tanto desde la perspectiva del Derecho Comunitario como Constitucional y estatal, que afecta a la regulación autonómica ahora cuestionada.

El art 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y encomienda a los poderes públicos su protección y garantía. Es cierto que la libertad de empresa y su manifestación de libre competencia en el mercado, no es absoluta, y que puede encontrarse limitada en la potestad de intervención de la Administración Pública mediante normas que disciplinen razonablemente el mercado (SSTC83/84, 88/86 y

⁸ Art. 4.8: «razón imperiosa de interés general», razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural;

225/93, entre otras). Pero no lo es menos que dicha regulación e intervención administrativa habrá de ser respetuosa con las exigencias que se derivan de la normativa comunitaria, cuya primacía es evidente y con las que se derivan de la restante legislación estatal de transposición y regulación del sector de que se trata.

Pues bien, de la regulación que se contiene en los arts. 4 y 9 de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE) se desprende que la intervención pública mediante autorización o limitación de los servicios solo puede realizarse cuando se encuentre justificada por una *razón imperiosa de interés general* (la cursiva es nuestra).

Esta justificación de las razones de interés general que motivan la limitación o restricción administrativa en la regulación de la libre concurrencia competitiva en el acceso a las actividades económicas y su ejercicio, aparece también regulada en el art. 3.11 de la Ley 17/99, sobre libre acceso, que traspone la Directiva comunitaria al Derecho español y que conceptúa la «razón imperiosa de interés general» como la razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y limitada a las siguientes: *el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano*⁹, *la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.*

Igualmente la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, para la garantía de la Unidad de Mercado, requiere la concurrencia de ese interés público y general para la limitación en el libre acceso a los servicios, así en su art. 5 dispone “...las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio de conformidad con lo previsto en el art. 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivaran su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/99, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. 2. Cualquier límite o requisito establecido en el apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica...”. El citado art. 17 de la LGUM alude a la justificación por razones de “orden público, seguridad pública o salud pública”.

2) APRECIACIÓN POR NUESTROS TRIBUNALES

A partir de este marco legal, veamos la apreciación que han realizado nuestros tribunales de esta “razón imperiosa de interés general” antes casos concretos de restricciones legales establecidas en distintas normativas autonómicas reguladoras del arrendamiento turístico vacacional

a) La “**necesidad de limitar las molestias causadas a los residentes**” como **interés general prevalente para el establecimiento de un número máximo de viviendas turísticas**: *Sentencia, de 15 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia, contra determinados preceptos del Decreto 12/2017 de 26 de enero por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.*

En efecto, en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia se analiza la “posibilidad de limitación del número máximo de viviendas de uso turístico por los Ayuntamientos”, posibilidad establecida en el art. 5.6 del Decreto impugnado que dispone que: “Las viviendas de uso turístico estarán situadas en suelo de uso residencial. Además, cuando la normativa urbanística lo permita, las viviendas de uso turístico podrán estar situadas en suelos de uso distinto al residencial. ...Los ayuntamientos podrán establecer limitaciones en lo que respecta al número máximo de viviendas de uso turístico por edificio o por sector”. La Asociación recurrente entiende que esta previsión supone una restricción a la competencia, mientras que el Letrado de la Xunta señala se trata de

⁹ La negrita es nuestra

salvaguardar las competencias municipales de establecer estas limitaciones conforme a la normativa de servicios.

Pues bien, para resolver sobre esta previsión legal considera el tribunal que ha de atenderse a la justificación ofrecida en la exposición de motivos del Decreto impugnado, exposición en la que se establece lo siguiente: "...En los últimos años comenzó a proliferar, tanto a nivel internacional como nacional, la tendencia de alquilar por días o semanas la vivienda habitual para fines turísticos, lo que se ha visto favorecido por el desarrollo de las nuevas tecnologías, dando lugar a la creación de empresas que a través de sus páginas webs ofertan este tipo de alojamientos para su contratación en línea de una manera rápida y sencilla. ...Las problemáticas más relevantes vinculadas a esta actividad son de diversa índole, impacto económico-social, fiscalidad y tributación, garantía y seguridad de las personas usuarias, calidad de la oferta y satisfacción de las personas usuarias, molestias causadas a los residentes y a la ciudadanía, intrusismo y competencia desleal, entre otras..."

A la vista de estas consideraciones de la exposición de motivos, el tribunal realiza la siguiente argumentación:

"Si atendemos a la literalidad de la disposición, que atribuye la posibilidad de limitación a los Ayuntamientos, de conformidad con sus competencias tanto en materia de urbanismo como de garantizar la convivencia, y atendemos a la justificación ofrecida de la **necesidad de limitar las molestias causadas a los residentes**¹⁰, entendemos que el precepto no infringe la libertad de empresa sino que impone límites que entran dentro del marco de protección de un interés general que ha de prevalecer, conforme con el Art. 39 bis) de la LPAC introducido por la Ley 25/2009 de 22 de diciembre. ... Por lo que también este motivo del recurso ha de ser desestimado".

En suma, el tribunal considera la necesidad de garantiza la convivencia y la necesidad de limitar las molestias causadas a los residentes por la actividad de arrendamiento turístico vacacional como un interés general prevalente que justifican la previsión legal de establecimiento de un número máximo de viviendas de uso turístico.

Por contra, entendemos que de forma acertada, no se admite esta justificación para la restricción consistente en el establecimiento de un número mínimo de días de estancia. Es el caso de la Sentencia 292/2016, de 31 de mayo de 2016, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Madrid Aloja, contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17 1. 3. y 5 del mencionado Decreto, siendo parte demandada la Comunidad Autónoma de Madrid. En particular, para la restricción consistente en el establecimiento de un número mínimo de días de estancia (5), dispone el tribunal:

"En cuanto a la protección de los usuarios del servicio, tampoco se comprende en qué medida podría ser necesaria esta limitación temporal que excluye las estancias inferiores a cinco días respecto de la protección de los que usan tal servicio. La misma protección se deriva del uso por más o menos de cinco días de la vivienda en cuestión. Y si la protección de los usuarios se quiere vincular no con los usuarios del servicio turístico, que es lo que indica la norma, sino con las molestias que puedan derivarse para los demás vecinos del inmueble (no se olvida que esa es una de las características propias de tal modalidad de uso que, a diferencia de otras, implica la convivencia de viviendas dedicadas a tal servicio junto a las ocupadas por los demás vecinos del inmueble) no es entonces, en realidad, la protección del usuario del servicio lo que se trata de conseguir, sino la de los restantes usuarios del inmueble o la de los prestadores del servicio en otras modalidades de alojamiento turístico, como el hotelero. Tampoco, por lo demás, se acredita en qué medida los restantes ocupantes del inmueble se encontrarían más protegidos por el hecho de que la oferta de uso de las viviendas turísticas del inmueble que ocupan sea superior a cinco días y por el contrario en los restantes casos de estancias menores tales molestias no se produzcan, pues las mismas aparecen más

¹⁰ La negrita es nuestra

vinculadas a la propia coexistencia en un mismo inmueble de las dos modalidades de ocupación que del tiempo en que esta se produzca”.

b) el descanso de los vecinos como interés merecedor de protección ante la previsión legal impositiva del arrendamiento turístico por prohibición establecida en los estatutos en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal: *Sentencia, de 15 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia, contra determinados preceptos del Decreto 12/2017 de 26 de enero por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.*

En el Fundamento de Derecho Décimo Cuarto de esta sentencia, se pronuncia el tribunal sobre la posibilidad de prohibición de la actividad de arrendamiento turístico por la comunidad de vecinos. En concreto, se enjuicia la previsión del art. 41.5 del Decreto 12/2017 que dispone, para los que nos afecta en este apartado, que: “El destino como vivienda de uso turístico no es posible si ... está prohibida por los estatutos de la comunidad debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal”. Pues bien, respecto de esta previsión restrictiva, señala el tribunal:

“En este apartado hemos de reiterar lo que señalamos en el Fundamento jurídico séptimo de esta sentencia... porque en estos casos resulta evidente que el interés general demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique... ni incomoden a los propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal que hayan adoptado el acuerdo correspondiente.

Son medidas que tratan de hacer compatible el ejercicio de la actividad con el descanso de los vecinos, que también resulta un interés merecedor de protección.

Por lo que también este motivo del recurso ha de ser desestimado y con él la totalidad de la demanda”

Por tanto, de forma más concreta que en el supuesto anterior, el derecho al descanso de los vecinos residentes en edificios en régimen de propiedad horizontal es considerado también, de forma novedosa pero entendemos que justificada, como interés digno de protección, lo que consideramos que valida, desde este punto de vista, la regulaciones en la materia establecidas en distintas normativas autonómicas (incluso se está planteando una regulación estatal al respecto), dando una vía de solución a los problemas de convivencia en un mismo edificio de vecinos residentes y turistas, con distintos perfiles, usos y actuaciones en el mismo ámbito.

c) Sobre la posibilidad de prohibición de la actividad de arrendamiento turístico vacacional por la ordenación sectorial: *Sentencia, de 15 de noviembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que resuelve recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia, contra determinados preceptos del Decreto 12/2017 de 26 de enero por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia.*

Finalmente, esta sentencia, en el mismo Fundamento de Derecho Décimo tercero, se pronuncia sobre la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación sectorial, establecida también en el art. 41.5 del Decreto 12/2017: “El destino como vivienda de uso turístico no es posible si está prohibido por la ordenación de usos del sector donde se encuentre ...”. Y señala al respecto el tribunal que:

“En este apartado hemos de reiterar lo que señalamos en el Fundamento jurídico séptimo de esta sentencia en relación con la posibilidad de limitación por parte de los Ayuntamientos, porque en estos casos resulta evidente que el interés general demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique... el interés que la ordenación sectorial de los usos comporta....

Son medidas que tratan de hacer compatible el ejercicio de la actividad con el descanso de los vecinos, que también resulta un interés merecedor de protección.

Por lo que también este motivo del recurso ha de ser desestimado y con él la totalidad de la demanda”.

En el fondo, en este supuesto que analizamos se plantea la regulación de determinadas cuestiones relativas no al acceso sino al ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico vacacional no por la normativa turística sino por normativa sectorial de carácter urbanístico, territorial,... y de origen autonómico, municipal, insular,... Es el caso, p.ej., de la denominada "zonificación", en la que detenemos brevemente nuestra atención. En efecto, existen normativas autonómicas que condicionan la actividad de arrendamiento turístico de viviendas a la previa delimitación administrativa de determinadas zonas aptas o no aptas para dicha actividad, y con mayores o menores restricciones según las zonas.

Según la autoridad de competencia española, esta medida no encuentra justificación en un fallo de mercado identificado. Por el contrario, considera privilegiaría los intereses de los operadores turísticos, tradicionales o no, que ya operan en ese mercado, aislándoles de la presión competitiva que genera la mayor oferta y variedad de viviendas turísticas, creando barreras geográficas dentro del mercado local y regional en perjuicio de consumidores y usuarios.

Sin embargo, pronunciamientos de nuestros tribunales como el que ahora analizamos consideras ajustadas a derecho estas delimitaciones de usos y consideran prevalente el interés que preside las ordenaciones sectoriales en la materia, que no puede resultar afectado por la regulación turística del alquiler vacacional. Por nuestra parte, y partiendo de los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, pero yendo incluso más de los mismos, consideramos que debe señalarse y remarcarse que la determinación y aclaración sobre la naturaleza de estas actuaciones en que consiste la zonificación (a través de normativa sectorial, territorial y urbanística) no es baladí porque, tal como señala el mismo legislador comunitario, en el considerando número de 9 de *la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior*:

“La presente Directiva sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, **normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural**¹¹, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada”

Por tanto, la Directiva no es de aplicación a las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, sin perjuicio de que sus previsiones deban estar adecuadamente justificadas desde la perspectiva de la propia normativa sectorial.

En suma, cabe destacar por su especial relevancia la apreciación por parte de los tribunales españoles de causas justificativas de posibles restricciones legales en la regulación del alquiler turístico vacacional, causas justificativas que estarían relacionadas con la necesidad de limitar las molestias causadas a los residentes o el descanso de los vecinos como interés merecedor de protección ante la previsión legal impeditiva. Siendo destacable también la prevalencia de la normativa sectorial (territorial, urbanística) que puede establecer restricciones e incluso prohibiciones para el ejercicio de esta actividad

¹¹ La negrita es nuestra

económica, reconocida judicialmente y establecida en la Directiva 2006/123/CE de servicios que dispone no es de aplicación a las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, consideramos que pronunciamientos como los analizados en el apartado anterior abren las puertas a la consideración, como causas justificativas de restricciones legales para el ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico vacacional, a materias tales como la protección del medio ambiente, del territorio y de los recursos energéticos o relacionadas con el derecho de acceso a la vivienda, o la convivencia entre residentes y turistas, motivaciones que hallamos en algunas de las recientes normativas autonómicas sobre la materia.

En cualquier caso, debe advertirse que a día de hoy no cabe llegar a conclusiones definitivas, por cuanto no es descartable una evolución en esta materia en la que, sin duda, serán fundamentales los trabajos y actuaciones de la Unión Europea, así como el juego de los distintos intereses de los diversos agentes implicados (sector hotelero, sector de viviendas turísticas vacacionales, asociaciones vecinales, administración, etc.). Según el proyecto de trabajo iniciado por la Unión Europea para una posible regulación del alquiler turístico vacacional ("short term accomodation rentals") los elementos clave en la regulación de este tipo de alquiler son: las exigencias legales para el ejercicio de la actividad, la responsabilidad derivada, la protección del consumidor y los impuestos.

Asimismo, y desde la perspectiva estricta del Derecho de la Competencia, los pronunciamientos comunitarios sobre la materia serán también determinantes para un pronunciamiento definitivo sobre la admisibilidad legal de determinadas exigencias cuestionadas como restrictivas tanto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia como por determinados operadores económicos.

En última instancia, en relación al alquiler vacacional ", no debe olvidarse que se trata de un fenómeno global que está siendo objeto de distintas iniciativas reguladoras a nivel mundial (Nueva York, San Francisco, Ámsterdam,...). Por lo tanto, estando dentro de un mundo globalizado y una economía sin fronteras, se hace imprescindible realizar un seguimiento de la regulación internacional de estas materias, detectar las tendencias y las soluciones más satisfactorias y, en la medida de lo posible, intentar influir en estos procedimientos regulatorios (caso de la Unión Europea). Teniendo presente que estas iniciativas reguladoras deben tender a una regulación equilibrada que tenga en cuenta los distintos intereses en juego, y, especialmente, nuevos intereses ya reconocidos por la normativa y jurisprudencia española (intereses medioambientales, derecho al descanso, derecho a la vivienda ...).