**AECIT- Grupo de trabajo *Turismo, territorio y medio ambiente***

**ZONIFICACIÓN DE VIVIENDAS TURÍSTICAS Y DIRECTIVA DE SERVICIOS**

**Comentario a la Sentencia del TSJ de Baleares 270/2021, de 28 de abril de 2021**

*Felio José Bauzá Martorell*

I

En una primera aproximación es evidente que la delimitación de zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial es un asunto netamente urbanístico y territorial. La cuestión subsiguiente es si también afecta a la prestación de servicios.

La anterior pregunta no es baladí, porque de la respuesta depende de que al caso concreto se le aplique la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios).

En efecto resulta vital conocer esta respuesta porque la Directiva de Servicios impide restringir el libre acceso a los servicios con carácter general, si bien formula una serie de excepciones como son las razones imperiosas de interés general, que comprenden -entre otras- el urbanismo y el medio ambiente.

II

Como exégesis de la controversia planteada, debe señalarse que la Sentencia 270/2021, de 28 de abril de 2021, analiza el recurso que formula una asociación de viviendas de alquiler de temporada contra el acuerdo del Consejo Insular de Mallorca de 27 de julio de 2018, por medio del cual se procede a la aprobación definitiva de la delimitación provisional de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial en Mallorca (excluida la ciudad de Palma).

La Sentencia desestima el recurso porque la motivación de las limitaciones cuestionadas por la Asociación recurrente no se encuentra tanto en el acuerdo impugnado, como en la propia Ley 6/2017, de 31 de julio, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas. El acuerdo se limita a concretar sobre el territorio las premisas establecidas por la Ley. Y esta delimitación por zonas, ajustadas a las condiciones singulares de cada una de ellas, responde a los criterios de proporcionalidad, claridad, objetividad, transparencia, accesibilidad y antelación previstos en la Directiva de Servicios.

III

Los motivos de impugnación giran en torno a tres artículos de la Constitución: la igualdad y prohibición de discriminación (art. 14), la propiedad (art. 33) y la libertad de empresa (art. 38).

No obstante lo anterior, una cuestión previa que se plantea en este proceso, que no puede pasar desapercibida, consiste en si la delimitación de zonas aptas para la vivienda turística, se somete a la Directiva de Servicios o no. A juicio de la Administración demandada, la materia de este asunto (urbanismo y ordenación del territorio) constituye una razón imperiosa de interés general y en consecuencia se sustrae de la aplicación de este régimen jurídico.

El Tribunal se ampara en dos Sentencia, una del TJUE y otra del TS, para entender que la restricción -desde normativa urbanística- al ejercicio de una actividad responde al concepto de servicio y en consecuencia resulta aplicable la Directiva de Servicios.

Así, trae a colación en primer término la STJUE de 22 de septiembre de 2020 (Gran Sala, asuntos acumulados C-724/18 y C-727/18), que precisa que “Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 , relativa a los servicios en el mercado interior, deben interpretarse en el sentido de que tal Directiva se aplica a una normativa de un Estado miembro relativa a actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, tanto con carácter profesional como no profesional.”

El TJUE interpreta, que una actividad como la analizada sí está comprendida dentro del concepto de “servicio” del art. 4 de la Directiva 2006/126/CE y por ello “la normativa que regula el acceso a determinadas formas específicas de actividades de arrendamiento de inmuebles y el ejercicio de esas actividades, no constituye una normativa aplicable indistintamente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y, por tanto, no puede quedar excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123” (44).

Y la respuesta respecto a si la concreta regulación restrictiva fundamentada en la ordenación urbanística respeta o no los principios de la Directiva, debe responderse individualmente sobre la base de la valoración de su debida justificación desde el punto de vista de su necesidad y proporcionalidad. Concretamente en su párrafo 77 señala que los criterios limitativos “deben, en particular, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a ese objetivo de interés general, claros, inequívocos y objetivos, ser hechos públicos con antelación y, por último, ser transparentes y accesibles”.

Y para el caso examinado en la indicada STJUE aprecia que “un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos resulta particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido" (párrafo 62).

A mayor abundamiento entiende el Tribunal que la STS 75/2021, de 26 de enero resuelve la cuestión relativa a “en qué medida los instrumentos de planeamiento urbanístico pueden regular las condiciones de acceso y ejercicio de una actividad e, incluso, limitar en un concreto ámbito territorial el ejercicio de actividades previamente legalizadas, referidas concretamente a las viviendas de uso turístico, y la incidencia de esa regulación en el ámbito de la libre prestación de servicios”.

Dicha sentencia, con remisión a lo resuelto en la anterior STS de 19 de noviembre de 2019 y en la citada STJUE de 22 de septiembre de 2020 precisa que debe ponderase el equilibrio entre i) las exigencias de la libertad de mercado y liberalización de servicios derivados de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior y ii) la necesidad de establecer una ordenación territorial y urbanística que garantice la protección del medio ambiente y el entorno urbano, evitando los efectos negativos que singularmente pueda tener, en ámbitos concretos, la comercialización de estancias turísticas en viviendas.

Las dos sentencias del TS aquí mencionadas, se refieren a acuerdos municipales de ordenación de tales viviendas en ciudades (Barcelona y Bilbao). Pero, como veremos, sus criterios son trasladables a la ordenación insular.

El TS precisa que, en los casos examinados, las medidas que permitían el control territorial de la implantación de nuevas viviendas turísticas –mediante diversos parámetros de densidad máxima, efectuando una distribución por zonas o barrios en la que se tienen en cuenta factores tales como la presión turística en las diversas zonas o la tipología arquitectónica de los edificios– eran objetivas y plenamente razonables y, por ello, no discriminatorias.

En consecuencia, la resolución del presente contencioso pasa por el examen de la motivación de los intereses generales que justifican una restricción, en determinadas zonas de la isla de Mallorca, a la comercialización de estancias turísticas vacacionales (ETV).

IV

La conclusión de todo ello es que la delimitación de zonas aptas para la comercialización turística, pese a ser una materia urbanística, no puede exonerarse del cumplimiento de la Directiva de Servicios porque resulta innegable que afecta al ejercicio de una actividad.