



Roj: **STS 256/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:256**

Id Cendoj: **28079130032019100026**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **3760/2017**

Nº de Resolución: **26/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1481/2017,**
ATS 12529/2017,
STS 256/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 26/2019

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **3760/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: **3760/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 26/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. **3760/2017**, interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por la letrada de sus servicios jurídicos contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 21 de marzo de 2017, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 94/2015 y acumulado 129/2015, a instancia de la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico, contra 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; han sido partes recurridas la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico (FEVITUR), representada por el procurador de los tribunales D. Jorge Lecuona Torres, bajo la dirección letrada de D. Eliseo Manuel Martínez Martínez y la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 94/2015 y acumulado 129/2015 seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, con fecha 21 de marzo de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: ESTIMAMOS en parte los recursos contencioso-administrativos acumulados en estos autos y ANULAMOS los artículos 3.2, 12.1 y 13.3, en cuanto subordina la entrega de documentación necesaria para el inicio de la actividad a la inscripción en un registro, y subapartado tercero del 5 apartado IV del anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, con imposición de las costas a la administración demandada".

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes personadas, la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por la letrada de sus servicios jurídicos, y la Asociación Hotelera y Extrahotelera de Tenerife, La Palma, La Gomera y El Hierro (ASHOTEL), representada por la procuradora D.ª Pilar Gómez-Casanova Rodríguez y defendida por el letrado D. Alejandro González Valladares, han preparado sendos recursos de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia autos de fecha 5 de junio y 2 de octubre de 2017, teniendo por debidamente preparados los recursos de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la Comunidad Autónoma de Canarias, parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 13 de julio de 2017. Por su parte, la Asociación Hotelera y Extrahotelera de Tenerife, La Palma, La Gomera y El Hierro (ASHOTEL), también parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 21 de noviembre de 2017.

CUARTO.- La representación procesal de la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico (FEVITUR) ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida en los recursos de casación interpuestos, la letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias ha comparecido y personado en calidad de parte recurrida en el recurso de casación interpuesto por ASHOTEL y el Abogado del Estado ha comparecido y personado como parte recurrida en los recursos de casación interpuestos. Todas las personaciones se ha realizado de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

QUINTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 21 de diciembre de 2017:

"1.º) Inadmitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Asociación Hotelera y Extrahotelera de Tenerife, La Palma, La Gomera y El Hierro (ASHOTEL) contra la sentencia de 21 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso n.º 94/2015.



- 2.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia referenciada en el punto anterior.
- 3.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 y 12.1 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, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas (artículo 3.2) y que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente (artículo 12.1) es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y la eventual contradicción de la previsión contenida en el art. 12.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el art. 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.
- 4.º) Declarar la tramitación preferente de este recurso de casación frente al recurso de casación autonómico preparado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la misma sentencia.
- 5.º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.
- 6.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.
- 7.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

SEXTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 5 de febrero de 2018 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 2 de marzo de 2018 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"Se pretende que, a la vista de cuanto antecede, se estime el presente recurso, al no darse las infracciones atribuidas por la Sentencia a quo, y, entrando en el fondo de los recursos formulados en instancia, se determine (1) que la regulación contenida en el art. 3.2 del Reglamento, así como el subapartado 3 del apartado IV del Anexo 2 del mismo Reglamento, no vulnera la Directiva de Servicios 2006/123/CE, ni las leyes estatales 17/2009 y 20/2013, en cuanto la limitación de implantación de viviendas vacacionales en suelos estratégicos turísticos del territorio insular se basa en "razones imperiosas de interés general", basadas en normas relativas a la ordenación territorial, que resultan ser justificadas, proporcionadas, respetan el Principio de Igualdad y no exceden de lo necesario; y (2), que la limitación contenida en el art. 12. 1 del Reglamento de viviendas vacacionales se ajusta al marco legal establecido en el art. 5.e de la Ley 29/1994 (LAU), que impide, en virtud del Principio de Legalidad y de Jerarquía Normativa (art. 9 CE), la cesión temporal parcial de viviendas para su uso turístico.

Por lo expuesto, a la Sala **SUPLICA:** tenga por presentado este escrito, lo admita y, en consecuencia, tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia de 21 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en Santa Cruz de Tenerife, recaída en el recurso 94/2015, y, en virtud de lo manifestado, declare haber lugar al recurso de casación interpuesto, case la Sentencia recurrida y, entrando en el fondo, desestime los recursos interpuestos al no incurrir el Decreto y el Reglamento recurrido en instancia en ninguna de las infracciones que se le imputan".

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de fecha 9 de marzo de 2018, se concedió el plazo de treinta días al resto de partes recurridas, dándoles traslado del escrito de interposición del recurso de casación, para que pudieran oponerse al recurso.

OCTAVO.- El Abogado del Estado, parte recurrida, presentó escrito de oposición al recurso en fecha 20 de abril de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:

"TENGA POR IMPUGNADO Y POR FORMULADA OPOSICIÓN FRENTE AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto, para resolverlo, previa la tramitación correspondiente, por medio de sentencia que LO DESESTIME en su integridad, confirmando la sentencia recurrida".

NOVENO.- La representación procesal de la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico (FEVITUR), parte recurrida, presentó escrito de oposición al recurso en fecha 20 de abril de 2018, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala:



"dicte Sentencia desestimando el recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente".

DÉCIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para vista pública el siguiente día 27 de noviembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar el acto, conjuntamente con la de los recursos de casación núms. 4959/2017 y 4960/2017 también interpuestos por el Gobierno de Canarias.

DECIMOPRIMERO.- Por providencia de 20 de diciembre de 2018 se comunicó que habiéndose celebrado la vista pública del presente recurso en fecha 27 de noviembre de 2018, fecha en que comenzó la deliberación, la misma había continuado hasta el día 18 de diciembre de 2018.

DECIMOPRIMERO.- Además de los recursos mencionados se ha examinado el recurso de casación núm. 6255/2017 también del Gobierno de Canarias, coincidiendo el pronunciamiento de la Sala *a quo* y los argumentos del Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La cuestión litigiosa, los preceptos impugnados y la sentencia de instancia .

La Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia impugnaron ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, distintos 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.

Tramitado el recurso con el núm. 94/2015, la Sala de instancia lo estima en parte por sentencia de 21 de marzo de 2017, anulando los artículos 3.2, 12.1 y 13.3, en cuanto subordina la entrega de documentación necesaria para el inicio de la actividad a la inscripción en un registro, y el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del Decreto recurrido.

En relación con el artículo 3.2, razona la sentencia que excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias -Ley 2/2013, de 29 de mayo -. Además, infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquéllos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.

En relación con el artículo 12.1, que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones, considera la sentencia que se vulnera la libre oferta de servicios.

Y en relación con el artículo 13.3, declaración responsable de inicio de la actividad, la sentencia considera que infringe el artículo 71 bis de la Ley 30/1992 , en cuanto que priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación.

Prescindiremos aquí de cualquier referencia al resto de los preceptos impugnado por la CNMC y que la Sala *a quo* rechazó, así como del artículo 13.3 por cuanto, una vez anulado, el Gobierno de Canarias se aquieta con dicha anulación y no impugna en este punto la sentencia.

Para facilitar el examen del recurso adelantamos el tenor literal de los artículos 3.2 y 12.1 del Decreto 113/2015 :

"Artículo 3.- Ámbito de aplicación.

(...)

2. Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.

Artículo 12.- Régimen de explotación.

1. Las viviendas vacacionales deberán ser cedidas íntegramente a una única persona usuaria, que figurará como responsable en todo caso de la reserva realizada, y no se permitirá la cesión por habitaciones, existiendo



prohibición de formalizar varios contratos al mismo tiempo respecto a la misma vivienda, no permitiéndose, por tanto, el uso compartido de la misma.

(...)"

Dice la sentencia, con especial hincapié en lo que a este recurso interesa, en los fundamentos de derecho tercero (artículo 3.2) y sexto (artículo 12.1):

"SEGUNDO.- El Decreto 113/2015 regula un nuevo servicio de alojamiento turístico, encuadrado dentro de la modalidad extrahotelera, que se presta dentro de unidades alojativas emplazadas en edificaciones destinadas en su origen a usos residenciales (viviendas). Pero no todo arrendamiento de viviendas vacacionales está comprendido dentro de su ámbito de regulación, sino solo los que sean promocionados en canales de oferta turística, de forma habitual; se trataría de intervenir solo en aquellas ofertas alojativas que utilizan los mismos canales de difusión que los productos turísticos tradicionales. Así es el medio de publicidad utilizado el determinante de la calificación del alojamiento ofertado como turístico, amen de la habitualidad de la oferta.

Las demás ofertas de alojamiento de viviendas vacacionales, al no ser consideradas turísticas, quedan fuera de las potestades de intervención en materia turística y, por tanto, son libres, sometiéndose como arrendamientos de temporada al artículo 3.2 de la ley 29/1994, de 24 de noviembre .

De aquí que no estén justificados los reproches que se hacen al artículo 2 del decreto, en cuanto a la exigencia de habitualidad, puesto que esto no significa sino que los arrendamientos no habituales no quedan sometidos a intervención y son libres, al no entrar dentro de lo que se considera actividad turística.

TERCERO.- La exclusión que se hace en el apartado segundo del artículo 3 del ámbito del reglamento de "las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias", que en realidad se refiere a los servicios alojativos ofertados en estas edificaciones, merece una lectura distinta, puesto que al entrar estas ofertas dentro del concepto de actividad turística, su exclusión del ámbito de aplicación del reglamento equivale a su prohibición. Esto es, lo que se pretende es que no se ofrezcan servicios alojativos con fines turísticos sobre viviendas que se encuentren en zonas turísticas o suelos de uso mixto.

La administración demandada trata de justificar esta exclusión de distinta manera -según el letrado encargado de formalizar la demanda- apelando a que en suelo turístico no pueden existir viviendas vacacionales, o a que se regulan otras modalidades de alojamiento turístico que se sitúan en ámbitos territoriales concretos.

El primer argumento no es sino una falacia, puesto que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales. La especialización de usos según zonas que tratan de promover las distintas leyes en materia turística -ley 6/2009, de 6 de mayo, ley 2/2013, de 29 de mayo- no es sino una aspiración, pero dista mucho de ser una realidad.

El segundo argumento no puede ser valorado de mejor manera, puesto que decir que la normativa turística exige que los hoteles de ciudad se sitúen en las ciudades, o que los alojamientos de turismo rural se emplacen en el campo, es un argumento inconsistente. Lo que sucede es que se exigen unos estándares de calidad distintos a los establecimientos alojativos que se encuentren en las ciudades o en el campo. No se establece una limitación al establecimiento de alojamientos turísticos en determinadas zonas.

La Ley de turismo de Canarias no habilita, por tanto, al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desempeñada fuera de las zonas turísticas. Lo que se contempla es que determinadas ofertas de turismo alojativo sean sometidas a estándares menos exigentes por razón de encontrarse fuera de las zonas turísticas.

Así las cosas, excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias.

El reglamento infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquéllos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.



Por la misma razón debe anularse el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

CUARTO.- Las quejas sobre la indeterminación de la legislación sectorial a la que se remite el reglamento en varios de sus preceptos (artículo 3.1 y artículo 4) no son merecedoras de nuestro amparo. Se trata de meras cláusulas de estilo. No es necesario que el reglamento contenga una suerte de dictamen sobre la legislación sectorial aplicable. La redacción puede que sea farragosa en ocasiones, pero no determinante de la nulidad de los preceptos citados. Igual suerte debe correr la impugnación del artículo 6 (placa-distintivo), que impone una obligación ya prevista en la Ley de Turismo de Canarias ; y artículo 7 (información y publicidad) porque la obligación de poner a disposición del usuario determinada información sobre el régimen jurídico de las viviendas vacacionales no supone una traba al libre ejercicio de la actividad. En el artículo 9 (requisitos funcionales) no se contiene otra cosa sino una remisión al decreto 117/2006, de 1 de agosto , por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas.

QUINTO.- La impugnación del artículo 10 (equipamiento mínimo) se justifica en que se está restringiendo la libertad del usuario de optar por servicios más básicos que puedan ser ofrecidos a un precio menor. Sin embargo, no puede apreciarse que la exigencia de un estándar mínimo de calidad a un producto que debe ser calificado como turístico coarte la libertad de empresa. Se trata de un equipamiento que habitualmente se encuentra en una vivienda, y que está asociado al producto que se ofrece, sin perjuicio de que pueda pensarse que en algunos aspectos el reglamento ha sido algo puntilloso, pero sin que esto sea una barrera efectiva al libre ejercicio de la actividad.

SEXTO.- En cambio, sí debe prosperar la impugnación del artículo 12.1 (régimen de explotación) por el que se exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones. Aquí la intervención administrativa en la calidad del producto no está justificada, y se vulnera la libre oferta de servicios. No hay razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, si el propietario desea ofrecerle este servicio. La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia. La exigencia del artículo 12.2 relativa a que la actividad esté permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios puede ser considerada redundante, pero no por ello debe ser anulada.

SÉPTIMO.- La impugnación del artículo 13.3 (declaración responsable de inicio de la actividad) debe prosperar por infracción del artículo 71 bis de la Ley 30/1992 , en cuanto que priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación. El precepto dispone que la entrega a la explotadora de la vivienda de hojas de reclamaciones, placa-distintivo y libro de inspección solo se efectuará transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo insular debe inscribir b "la información sobre la actividad de explotación de la vivienda vacacional en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de Canarias". Como el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, de facto esta regulación está desnaturalizando los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo".

SEGUNDO.- El recurso de casación del Gobierno de Canarias.

La sentencia impugnada contiene dos pronunciamientos que son los que, en esencia, rebate la Comunidad Autónoma de Canarias en el recurso de casación estatal presentado:

(i) En primer lugar, que el artículo 3.2 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 (que excluye del ámbito de aplicación del reglamento a las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas), infringe la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre), al limitar la oferta turística sin justificación suficiente, razonando que "No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquéllos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios".

(ii) Y en segundo lugar, que el artículo 12.1 del citado Decreto (que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no puedan ser arrendadas por habitaciones), vulnera la libre oferta de servicios, razonando que "No hay razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, si el propietario desea ofrecerle este servicio. La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia".

La Comunidad Autónoma de Canarias rechaza las precedentes argumentaciones, señalando, en síntesis y sin perjuicio de su extenso desarrollo en el escrito de interposición, tal y como se recogerá en los fundamentos de derecho cuarto y quinto: (i) que la exclusión de las viviendas vacacionales de los suelos turísticos de las zonas turísticas está fundada en razones imperiosas de interés general, conforme explica en su escrito de preparación del recurso, cumpliéndose con los condicionantes europeos y estatales en cuanto a justificación y necesidad de la medida, así como a su proporcionalidad; y (ii) considera que exigir que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no por habitaciones, viene impuesto por la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

TERCERO.- La cuestión que reviste interés casacional.

Las cuestiones jurídicas planteadas revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Como recoge el auto de admisión "(...) Y ello porque las previsiones cuestionadas regulan el sector de viviendas vacacionales en una Comunidad Autónoma, incidiendo, de forma directa en el turismo y su ordenación, pero estableciendo límites a la libertad de empresa y a la libre prestación de servicios que habrán de analizarse a la vista de la normativa nacional y comunitaria sobre unidad de mercado y libre acceso a las actividades y servicios, lo que ya implica la existencia de un interés casacional objetivo que aparece concretado por la concurrencia de varios de los indicios y presunciones fijados en la Ley Jurisdiccional para apreciar dicho interés (...)".

El interés casacional objetivo consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 y 12.1 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, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas (artículo 3.2) y que exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente (artículo 12.1) es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y la eventual contradicción de la previsión contenida en el artículo 12.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el artículo 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

CUARTO.- Sobre la cuestión planteada por el artículo 3.2 del Decreto 113/2015 : ámbito de aplicación del Reglamento.

En sentencia del pasado 12 de diciembre de 2018 -recurso de casación núm. 4959/2017 - dictada después de la vista conjunta con la del presente recurso de casación núm. **3760/2017** y ante idénticas alegaciones del letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias- sobre la anulación del artículo 3.2, hemos dicho:

"PRIMERO.- (...) El Tribunal de instancia fundamenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad del artículo 3.2 y del subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 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, con base en las siguientes consideraciones jurídicas: (...)

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en la infracción de los artículos 33.2, 45, 47, 53.1 y 148.1.18ª de la Constitución española, así como del artículo 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto, los artículos 3, 4, 11 y 12 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; los artículos 49, 56, 57, 58 y 59 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo; los artículos 2, 3 y 23 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias.

También se denuncia la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, citándose las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1976 (Arz 876); 7 de noviembre de 1988 (Arz 8783), así como la sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, pronunciadas en relación con la función social y estatuto jurídico de la propiedad y con la indebida limitación de las potestades y de las políticas públicas de ordenación territorial y de ordenación del turismo.

Se aduce al respecto que, en contra de lo que se afirma en la sentencia impugnada, el artículo 3.2 del Reglamento de las viviendas vacacionales de Canarias no regula una determinada tipología turística sino el uso turístico del suelo, entendido como suelo de valor estratégico, que debe ser reservado para este uso y no para uso residencial u otros usos incompatibles.

En segundo término, se citan como normas infringidas los artículos 9, 14 y 38 de la Constitución española, los artículos 4, 9 y 16 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, los artículos 3 y 9 de la Ley 17/2009,



de 23 de noviembre , de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado , en relación con los artículos 26 , 32 , 38 , 57 , 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias , y de las Directrices 55, de Ordenación General, y 8, 9, 13 y 18, de Ordenación del Turismo, aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril.

Se denuncia la infracción de la jurisprudencia que fuere aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, mencionándose las sentencias del Tribunal Constitucional 225/1993, de 8 de julio y 209/2015, de 8 de octubre ; y la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016, (rec. 2625/2015) pronunciadas en relación con los principios de seguridad jurídica e igualdad, libertad de empresa y las limitaciones por razones imperiosas de interés general.

Se afirma que el Reglamento de viviendas vacacionales no trata de proteger la oferta de establecimientos turísticos sino el destino turístico (calificación del suelo).

Se arguye que la Directiva 2006/123/CE regula la libre prestación de servicios indicando una serie de supuestos que permite introducir algunas excepciones cuando se cumplen determinados requisitos, por aplicación de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural.

Se manifiesta que la normativa reglamentaria cuestionada resulta justificada por razones imperiosas de interés general, como es la política pública de preservar y recuperar los suelos turísticos estratégicos con uso turístico obligatorio".

Y la cuestión, idéntica a la ahora planteada por el mismo Gobierno de Canarias y en los mismos términos, se resuelve así:

"SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a la interpretación del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado y del artículo 3.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal supremo debe pronunciarse, con el objeto de la formación de jurisprudencia, se centra en determinar si una regulación, como la contemplada en el artículo 3.2 del Decreto del Gobierno de Canarias 113/2015, de 22 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias, que regula las condiciones y requisitos que deben cumplir las viviendas vacacionales como nueva tipología de la modalidad de alojamientos turísticos extrahoteleros, es o no compatible con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado, que establece que las autoridades competentes que impongan límites al ejercicio de una actividad económica deberán motivar su necesidad en la salvaguardia de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Se trata, por tanto, de dilucidar si está suficientemente justificada la necesidad de la regulación de las viviendas vacacionales que rige en la Comunidad Autónoma de Canarias, en este concreto extremo, referido a la exclusión del ámbito de aplicación de este Reglamento las edificaciones ubicadas en suelos turísticos estratégicos que se encuentren dentro de las zonas turísticas, por tratar de preservar alguna razón imperiosa de interés general de entre las contempladas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y si se revela proporcionada.

Concretamente, según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2018 , la controversia jurídica que se suscita, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar si una regulación como la contemplada por el artículo 3.2 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, que pretenden limitar la oferta turística de viviendas es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

A tal efecto, resulta pertinente poner de relieve que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión comporta resolver si, tal como propugna el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, debe revocarse el pronunciamiento de la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por no tomar en consideración que la reglamentación de las viviendas vacacionales de Canarias, que excluye de su ámbito de aplicación las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentran dentro de las zonas turísticas o urbanizaciones turísticas, tiene por objeto preservar los usos y destino de aquellos suelos calificados de estratégicos por su ubicación en zonas turísticas,



está plenamente justificada por basarse en motivos relacionados con la aplicación de normas reguladoras de la ordenación del territorio y urbanísticas, que constituyen razones imperiosas de interés general a la luz de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

No obstante, procede precisar que queda al margen del debate casacional la interpretación de las normas de la Comunidad Autónoma de Canarias que se reputan infringidas en el escrito de interposición, al no corresponder su análisis hermenéutico a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Ello determina que no debemos revisar el pronunciamiento del Tribunal de instancia relativo a la falta de adecuación del Decreto 113/2015 a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, por cuanto dicha norma legal -según se sostiene- no habilita al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desarrollada fuera de las zonas turísticas.

Una vez delimitada la controversia casacional, procede transcribir el contenido del artículo 3.2 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, cuya nulidad ha sido declarada en la sentencia impugnada por contravenir "claramente" la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE):

"(...) 2. Quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias".

También debemos reproducir el contenido íntegro del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado, que dispone:

"Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (...) Cualquier límite o requisito establecido conforme al 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"

Por su parte el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece:

"11. "Razón imperiosa de interés general": razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas 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, 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".

Enjuiciando el fondo argumental del recurso de casación, esta Sala sostiene que, tal como se razona en la sentencia impugnada, la prohibición de ofertar viviendas vacacionales que se encuentren ubicadas en las zonas turísticas delimitadas en el ámbito territorial de Canarias establecida en el artículo 3.2 del Decreto 113/2015 , es contraria al principio de libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, en cuanto del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre , de garantía de la unidad de mercado.

Debe señalarse al respecto que, como se puso de relieve en el acto de la vista celebrado ante esta Sala, la única justificación que se dio acerca de la conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitan con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros u extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubiquen en la mismas zonas), lo que entendemos no



puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La invocación ulterior, en fase procesal, de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo, resulta insuficiente, en la medida que no estimamos convincente la explicación ofrecida respecto que la prohibición contemplada referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas tenga como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio.

El concepto de razones imperiosas de interés general, al que hace referencia, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, abarca, entre otros aspectos, la protección del medio ambiente y del entorno urbano así como la planificación urbana y rural.

En este sentido cabe subrayar que en la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2018 (Asuntos C-360/15, C-31/16) se sostiene que la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite de carácter territorial, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en el artículo 15 apartado 3 de dicha norma comunitaria europea.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

Una normativa como la controvertida en este proceso casacional, en que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 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, que dispone que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, en cuyo procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que justifique las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas, ni que ellas se puedan inferir de forma directa del contexto jurídico-económico en que se inserta la disposición reglamentaria, resulta incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la medida que resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios.

En consecuencia con lo razonado, debemos rechazar la pretensión revocatoria deducida y declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico de Canarias, en representación de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de mayo de 2017, que estimó el recurso contencioso-administrativo número 118/2015, anulando el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 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".

Los mismos razonamientos son estrictamente aplicables en este recurso de casación núm. **3760/2017**, también del Gobierno de Canarias interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo de 2017, recaída en el recurso núm. 94/2015 interpuesto, por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico, al que se acumuló el núm. 129/2015 de la CNMC.

En análogos términos, sentencia de 8 de enero de 2019 -recurso de casación núm. 4960/2017- y la dictada en el recurso de casación núm. 6255/2017. En todos ellos el pronunciamiento de la Sala *a quo* y los argumentos del Gobierno de Canarias son idénticos.

QUINTO.- Sobre la cuestión planteada por el artículo 12.1 del Decreto 113/2015 : la cesión por habitaciones.

A) La disposición impugnada.

Recordamos el artículo 12.1 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, que dice:



"1. Las viviendas vacacionales deberán ser cedidas íntegramente a una única persona usuaria, que figurará como responsable en todo caso de la reserva realizada, y no se permitirá la cesión por habitaciones, existiendo prohibición de formalizar varios contratos al mismo tiempo respecto a la misma vivienda, no permitiéndose, por tanto, el uso compartido de la misma".

Y se justifica así en la Exposición de Motivos:

"Posteriormente, las Cortes Generales aprobaron la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que en su artículo primero, apartado 2, añade una letra e) al artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, por la que queda excluida del ámbito de aplicación de la citada Ley, "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".

B) La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Reiteramos lo que dice (fundamento de derecho sexto):

"En cambio, si debe prosperar la impugnación del artículo 12.1 (régimen de explotación) por el que se exige que las viviendas vacacionales sean cedidas en su totalidad al cliente, y no pueden ser arrendadas por habitaciones. Aquí la intervención administrativa en la calidad del producto no está justificada, y vulnera la libre oferta de servicios. No hay razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, si el propietario desea ofrecerle este servicio. La norma persigue de manera evidente evitar que se ponga en el mercado un producto que por su precio reducido compita con la oferta de alojamiento hotelero, lo cual lesiona la libre competencia.

La exigencia del artículo 12.2 relativa a que la actividad esté permitida en los estatutos de la comunidad de propietarios puede ser considerada redundante, pero no por ello debe ser anulada".

C) El recurso del Gobierno de Canarias.

Invoca los artículos 9 de la Constitución y 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y el principio de legalidad. Y sostiene, en relación con la anulación del artículo 12.1 del Decreto 113/2015, que la sentencia anula la prohibición de cesión de la vivienda por habitaciones considerando que vulnera la libre oferta de servicios sin justificación.

A juicio del Letrado del Gobierno de Canarias, la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida por la legislación estatal, en particular, en la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 (LAU), añadido por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, al disponer: "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".

La sentencia infringe este precepto, y con él vulnera el principio de legalidad (artículo 9 CE), y el sistema de fuentes establecido.

El arrendamiento de viviendas vacacionales ofertadas a través de canales turísticos, por habitaciones, desvirtuaría la propia naturaleza jurídica de esta modalidad de alojamiento turístico, cuyo marco básico viene dado en el citado artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos .

Reitera las razones de interés general, ahora respecto del alquiler por habitaciones y añade el interés general del orden público, toda vez que este tipo de alquiler en un edificio de viviendas residenciales, perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes.

D) La oposición de la CNMC y el Abogado del Estado.

Reproduce el tantas veces citado fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida, y a continuación alega que el recurrente sostiene que la prohibición viene establecida en la legislación estatal de arrendamientos urbanos. Sin embargo, esa alegación a juicio del Abogado del Estado no se corresponde con la realidad como resulta del artículo 5.e) ya que, cuando dicho precepto legal se refiere a la "totalidad de la vivienda" es porque, tal como resulta de sus artículos 2 (arrendamiento de vivienda) y 3 (arrendamiento para uso distinto del de vivienda), el alquiler de estancias no está sujeto a la LAU . Resulta evidente que no es necesario excluir aquello que no está comprendido en la regulación.



En este sentido se cita la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 2 de febrero de 2018, dictada en el recurso 504/2017, en cuyo fundamento de derecho octavo declara:

"(...) El art. 3.2 establece:

"2. Las viviendas de uso turístico constituyen una única unidad de alojamiento que se cede al completo, no permitiéndose la cesión por estancias". En la demanda se alega en contra de este precepto que la Comunidad Autónoma no tiene competencia para prohibir el alquiler parcial de una vivienda, pues el art. 5 de la LAU excluye de su ámbito de aplicación únicamente 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, y que, en todo caso, la prohibición fijada en este precepto constituye una barrera de entrada al mercado no justificada en la norma.

Por la Comunidad Autónoma de Castilla y León se mantiene que esta norma no prohíbe el alquiler por estancias sino que no se considera como una modalidad de alojamiento turístico, por lo que sí está permitido por otra norma este alquiler puede realizarse. El alquiler por estancias no es alquiler sujeto al Decreto impugnado. El Decreto desarrolla la previsión del art. 5 de la Ley 29/1994, por lo que de acuerdo con la LAU, se regula el alojamiento denominado de viviendas de uso turístico.

Esta alegación de la demanda sí merece favorable acogida por las razones que se exponen a continuación.

- La dicción literal del precepto excluye la interpretación dada por el Letrado de la Junta de Castilla y León ya que el precepto impugnado dice *"no permitiéndose la cesión por estancias"*, además la norma contiene supuestos que se excluyen de su ámbito de aplicación (art. 2.2) entre los que no se menciona el alquiler por estancias.

- La exclusión del alquiler de la vivienda por estancias no deriva del art. 5 e) de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La LAU define el arrendamiento de vivienda como el que recae sobre una edificación habitable con la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Ese concepto de habitabilidad no puede predicarse del arrendamiento de vivienda cuyo objeto se ciñe a una dependencia o habitación, por lo que la jurisprudencia del orden civil ha declarado, reiteradamente, que al alquiler de habitación de una vivienda no le es aplicable la legislación especial arrendaticia (SAP de Ciudad Real de 14/9/2017, recurso 211/2017, SAP de Madrid de 26/9/2017, y SAP Valladolid sección 3ª del 15 de diciembre de 2015, entre otras muchas). Es decir, la exclusión de la aplicación de la LAU dispuesta en su artículo 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite.

- En lo que respecta a la necesidad de la medida y su proporcionalidad y siempre en relación con la protección del consumidor o usuario del turístico, no se aprecian razones para exigir a un cliente que solo desea contratar una habitación para alojarse, asumir el coste del arrendamiento de la totalidad de la vivienda, por lo que no se estima que este límite al desarrollo de la actividad esté justificado, debiendo estimarse el recurso en este punto".

Sostiene el Abogado del Estado que, como acertadamente se razona en la sentencia citada, la Ley de Arrendamientos Urbanos define el arrendamiento de vivienda como el que recae sobre una edificación habitable con la finalidad de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario. Dicho concepto de habitabilidad no puede predicarse del arrendamiento de vivienda cuyo objeto se ciñe a una dependencia o habitación, por lo que la jurisprudencia del orden civil ha declarado, reiteradamente, que al alquiler de habitación de una vivienda no le es aplicable la legislación especial arrendaticia, de modo que la exclusión del artículo 5.e) se refiere únicamente al alquiler de la vivienda completa porque el arrendamiento por estancias no está contemplado en la misma, luego ni lo prohíbe ni lo permite. Sencillamente la Ley de Arrendamientos Urbanos no se aplica al alquiler por estancias que se sujeta a lo pactado y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código Civil.

Por eso no existe una prohibición en la norma estatal que pueda servir de base para la prohibición recogida en el artículo 12.1 del Reglamento de viviendas vacacionales de Canarias.

En conclusión, se trata de una medida contraria a los principios de regulación recogidos en el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en particular del principio de necesidad y proporcionalidad.

Constituye, a su juicio, una restricción absoluta (o prohibición) al ejercicio de una actividad económica contraria al artículo 5.1 de la Ley 20/2013. No consta motivación alguna de su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general, análisis de causalidad o idoneidad con el fin perseguido.

E) Las alegaciones de la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR).



Sobre el tercer motivo del recurso invocado por el Gobierno Canario, que se refiere a la declaración de nulidad del artículo 12.1 del Decreto 113/2015, relativo a la prohibición de cesión de la vivienda por habitaciones, FEVITUR alega que nada puede decir al respecto, ya que el precepto en cuestión no fue impugnado por dicha Federación en el recurso contencioso-administrativo formulado por la misma, sino que fue objeto de impugnación por parte de la CNMC en el recurso interpuesto -recurso núm. 129/2015-, que fue posteriormente acumulado al núm. 94/2015, tal y como consta en las actuaciones.

F) La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Conviene recordar la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.

En su Exposición de Motivos y para justificar la nueva exclusión del apartado e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, dice:

"Por último, 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".

Y queda así la indicada Ley 29/1994:

"Artículo 5. Arrendamientos excluidos.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

(...)

e) 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".

G) La decisión de la Sala.

A la vista de las alegaciones expresadas por las partes en relación con la cuestión suscitada, consideramos que este motivo de impugnación esgrimido por la Comunidad Autónoma de Canarias en contra de la sentencia impugnada debe ser también desestimado.

Pues bien, tal y como se recoge también en la sentencia dictada con esta misma fecha en el recurso de casación núm. 6255/2017, ante idénticos argumentos del Gobierno de Canarias:

I. En efecto, la Comunidad Autónoma recurrente argumenta, en primer término, que la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida en la legislación estatal, en particular en el artículo 5.e), introducido en ésta en virtud de la Ley 4/2013, por lo que la sentencia impugnada ha infringido este precepto y ha vulnerado el principio de legalidad (artículo 9 CE) y el sistema de fuentes establecido.

No podemos compartir este argumento, pues los términos en que se expresa el citado apartado de la Ley 29/1994, que antes quedó transcrito, no permiten avalar dicha conclusión. Dicha ley se limita en dicho apartado a excluir de su ámbito de aplicación la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda -en la que concurren, además, los requisitos que precisa-, pero de ello no puede deducirse la conclusión de que la Ley de Arrendamientos Urbanos prohíbe la cesión temporal de habitaciones o estancias de una vivienda. Lo único que cabe inferir de esa redacción es, simplemente, que aquéllas cesiones (de la totalidad de la vivienda) no quedarían sometidas al régimen jurídico establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En consecuencia, no cabe sostener, como pretende la recurrente, que la sentencia impugnada haya violentado una prohibición legal establecida en el artículo 5.e), porque tal prohibición no existe y, por ende, tampoco ha incurrido la sentencia en la infracción del principio de legalidad que aquella parte asociaba a la mencionada vulneración legal.

II. En segundo lugar, afirma la recurrente que el arrendamiento de viviendas vacacionales ofertadas a través de canales turísticos, por habitaciones, desvirtuaría la propia naturaleza jurídica de esta modalidad de alojamiento turístico, cuyo marco básico nos viene dado por el citado artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos .

Esta alegación de la recurrente constituye, en realidad, una mera afirmación apodíctica, pues ninguna explicación aporta la recurrente para justificar tal conclusión. Adicionalmente, también debemos tener en cuenta que la recurrente aduce que el marco básico de esta modalidad de arrendamiento "nos viene dado por el artículo 5 de la LAU ", afirmación que, como hemos razonado en el apartado anterior, no podemos compartir.



Por todo ello, este segundo argumento también debe ser rechazado.

III. Y, en tercer lugar, invoca la recurrente razones de interés general para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, remitiéndose a lo anteriormente expuesto en su escrito y añadiendo otra razón, el interés general del orden público, toda vez que este tipo de alquiler en un edificio de viviendas residenciales perturba la convivencia entre el residente habitual y el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes.

Tampoco esta argumentación puede ser acogida por la Sala.

(i) En efecto, por un lado, la remisión a las razones de interés general alegadas con anterioridad no es suficiente para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones. A este respecto, conviene recordar que en la citada sentencia de 12 de diciembre de 2018 -recurso de casación núm. 4959/2017 - se señala que la prohibición de ofertar viviendas vacacionales que se encuentren ubicadas en las zonas turísticas delimitadas en el ámbito territorial de Canarias, establecida en el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, es contraria al principio de libertad de empresa que garantiza el artículo 38 de la Constitución Española y a la libre prestación de servicios que consagra la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, toda vez que del análisis del procedimiento de elaboración de la norma reglamentaria citada se infiere que la única explicación plausible parece ser la de tratar de favorecer la oferta de productos alojativos tradicionales, lo que resulta contrario a los principios de necesidad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Y añadíamos entonces que en el acto de la vista celebrado ante esta Sala se puso de relieve que la única justificación ofrecida sobre la conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitieran con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros u extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubicaran en las mismas zonas), lo que no puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Y, adicionalmente, afirmábamos que la invocación en fase procesal ulterior de la concurrencia de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo resultaba insuficiente, en la medida que no estimábamos convincente la explicación ofrecida respecto a que la prohibición contemplada, referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas, tuviera como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio.

Por ello, tras citar la STJUE de 30 de enero de 2018 (asuntos C-360/15 y C-31/16), declaramos que "Una normativa como la controvertida en este proceso casacional, en que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 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, que dispone que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias, en cuyo procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que justifique las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas, ni que ellas se puedan inferir de forma directa del contexto jurídico-económico en que se inserta la disposición reglamentaria, resulta incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la medida que resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios".

Por tanto, la remisión que la recurrente efectúa a las razones de interés general esgrimidas con anterioridad no puede tener el efecto pretendido por aquella.

(ii) Adicionalmente, cabe añadir que si, conforme a lo razonado, no se aprecia en este caso la concurrencia de razones de interés general que pudieran justificar la prohibición de alquilar viviendas vacacionales en zonas de uso residencial, esta conclusión - por lógica- debe ser predicable tanto del alquiler de la totalidad de la vivienda vacacional como del alquiler por habitaciones.

(iii) Y, en línea con lo expuesto, tampoco podemos acoger la alegación de la recurrente referida a la concurrencia de razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición del alquiler



por habitaciones, fundada en que la coexistencia en un mismo edificio de viviendas residenciales y de viviendas vacacionales "perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes".

Así, en primer lugar, la recurrente no explica si tales razones de orden público, relativas a la perturbación de la convivencia, concurrirían sólo en el supuesto de alquiler de la vivienda vacacional por habitaciones o si deberían afectar también a la cesión temporal de la totalidad de la vivienda vacacional.

Por otra parte, tampoco justifica la recurrente que esa hipotética perturbación de la convivencia debiera resultar, en todo caso, inevitable e intolerable por exceder de las meras incomodidades que, de manera natural, comporta la vida compartida en el ámbito de una comunidad de vecinos.

Y, finalmente, tampoco ofrece la recurrente explicación alguna sobre el motivo por el que la prohibición propugnada por ella debiera considerarse como la única solución para evitar la indicada perturbación de la convivencia (en el caso de que ésta se llegara a producir). En realidad, dicha parte ni siquiera ha mencionado la posibilidad de que esa eventual perturbación de la convivencia no pudiera ser corregida o neutralizada mediante la adopción de otro tipo de medidas que, pudiendo ser consideradas como remedio idóneo y proporcionado a tal fin, resultarían menos limitativas de la libertad de prestación de servicios.

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser rechazado.

SEXTO.- La fijación de la doctrina jurisprudencial.

Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala, dando respuesta a la cuestión planteada en este recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, declara que:

1) El artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias es incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo: (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar viviendas vacacionales en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir -de forma directa- la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.

2) Por las mismas razones, resulta incompatible la limitación establecida en el artículo 12.1 que impone la cesión íntegra a una única persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.

Además anular esta limitación de la cesión por habitaciones no contradice la previsión del artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 9 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

En consecuencia, debemos declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias.

SÉPTIMO.- Las costas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas del recurso de casación y, en referencia a las costas de instancia, se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, tras fijar la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto en el precedente fundamento jurídico sexto de esta sentencia, respecto de la interpretación aplicativa del artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos:

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación núm. **3760/2017** interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 21 de marzo de 2017, dictada en el recurso núm. 94/2015, y acumulado 129/2015, contra 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.



Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada, en referencia a las costas de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ