



Roj: **STSJ M 6899/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:6899**

Id Cendoj: **28079330082016100288**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **31/05/2016**

Nº de Recurso: **65/2015**

Nº de Resolución: **291/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DE LOS DESAMPARADOS GUILLO SANCHEZ-GALIANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Octava

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2015/0001345

Procedimiento Ordinario 65/2015 O - 01

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 65/2015

IMPUGNACION DE DISPOSICION GENERAL

SENTENCIA Nº 291/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente

Doña Teresa Delgado Velasco

Magistrados

Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano

Doña Emilia Teresa Díaz Fernández

Don Rafael Botella García Lastra

Doña María Jesús Vegas Torres

Don Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 31 de mayo de 2016.

Vistos por la Sala constituida por los miembros referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 65/15, interpuesto por el Servicio Jurídico del Estado e Instituciones Públicas, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los 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 en el inciso que dispone textualmente "las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días".

Ha sido parte la Administración demandada, Comunidad Autónoma de Madrid, representada y defendida por su Servicio Jurídico. Han comparecido en este procedimiento como co-demandados, la Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL), representada por el Procurador don Manuel Lanchares Perlado; la Asociación de Gestores de Uso Turístico (ASOTUR) y la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos (FEVITUR), representados por la Procuradora doña María José Bueno Ramírez; y la Asociación Empresarial Hotelera de Madrid, representada por el Procurador don José Enrique Ríos Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se interpuso el presente recurso en fecha 26 de enero de 2015, 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 así como contra la desestimación expresa del requerimiento previo de 28 de enero de 2015 y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda en fecha 23 de marzo de 2015, que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que, en su día y previos los trámites legales, se dicte sentencia: "... estimatoria del presente recurso y, en consecuencia, anule el inciso del art. 17.3 del Decreto citado que determina que las viviendas de uso turístico "no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días" por ser contrario a la competencia efectiva en los mercados que garantiza el art. 38 de nuestra Constitución , con imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda a la Administración autonómica demandada, para su contestación, lo hizo en fecha 22 de abril de 2015, admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la desestimación de la demanda formulada declarando ajustado a Derecho el precepto impugnado y condenado en costas a la recurrente.

En fecha 29 de mayo de 2015 se presenta escrito de contestación por la representación de ASOTUR Y FEVITUR, en el que suplica "...se dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda rectora: I. Declare nulo y anule por su disconformidad a Derecho el segundo inciso del apartado primero del artículo decimoséptimo (concretamente la frase "debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente") del Decreto 79/2014, de 10 de julio , por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, del Consejo de Gobierno, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 180, de fecha 31 de julio de 2014. II. Condene a la Administración demandada a estar y pasar por la anterior declaración con los efectos que en Derecho procedan y se condene a los demandados al pago de las costas procesales devengadas.

En fecha 30 de junio de 2015 se presenta el escrito de contestación de la demanda por la representación procesal de la Asociación Empresarial hotelera de Madrid en el que hace suyos los argumentos contenidos en la contestación de la demanda de la Comunidad de Madrid finalizando por solicitar la desestimación del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La Asociación Española de Economía Digital dejó transcurrir el término para contestación sin presentar escrito.

TERCERO.- El proceso se tramita con el resultado que es de ver en autos. Mediante diligencia de ordenación de fecha 3 de julio se dictó Decreto de cuantía fijándose la misma como indeterminada. En esa misma fecha se recibió el pleito a prueba acordando la práctica de las admitidas e inadmitiéndose la testifical y parcialmente la documental propuesta. Recurrida en reposición tal resolución se resolvió el recurso por Auto de 16 de noviembre de 2015. Presentadas conclusiones escritas, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 6 de abril del año en curso, fecha en que se dictó proveído haciendo constar que al no haberse citado a la Presidenta de la Sala a deliberación y votación tratándose de impugnación de Disposición General en que es preceptiva su participación en la deliberación, se señalaba de nuevo la fecha del 13 de abril siguiente, fecha en que comenzó la misma finalizando el siguiente día 20 de abril pasado.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- La defensa jurídica del Estado, actuando en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) interpone el presente recurso contra la Disposición General ya reseñada en el encabezamiento de la presente resolución, Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, norma dictada al amparo de la Ley 1/1989, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, que enumera las modalidades de alojamiento turístico, ofreciendo la posibilidad de incluir en dicha enumeración la regulación de "cualquier otra reglamentación que se determine" siendo tal reglamentación el Decreto autonómico objeto del presente proceso. Dirige su recurso la Administración actora concretamente contra la regulación contenida en el art. 17.3 del referido Decreto en el inciso específico que limita temporalmente el arrendamiento de las viviendas de uso turístico; y dicho objeto se amplía posteriormente, esto es, una vez interpuesto el recurso, a la resolución administrativa que da respuesta al requerimiento previo formulado por la Administración del Estado y que fue resuelto mediante contestación de la Dirección General de Turismo de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura, de fecha 30 de enero de 2015; resolución en la que, aunque no se considera que esa concreta disposición del Decreto impugnado sea contraria a Derecho, se estima conveniente esperar a la decisión judicial que resuelva sobre el mencionado requisito temporal que ha sido impugnado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que la actora entiende que ha sido desestimado tácitamente.

Considera la Abogacía del Estado que la CNMC, en nombre de quien actúa, se encuentra legitimada para la interposición del presente recurso conforme a lo dispuesto en el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la citada Comisión pues tal precepto establece 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". Es pues, la concurrencia de un obstáculo al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados como derivada del precepto cuestionado, lo que legitima la actuación de la Comisión actora.

Considera la Administración recurrente que las medidas contenidas en el referido Decreto 79/2014 respecto de las viviendas de uso turístico y por lo que respecta al inciso concreto del artículo 17.3 de dicha Disposición que señala textualmente: "... no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días..." es contraria a diversos preceptos constitucionales, crea un obstáculo a la competencia efectiva de los mercados en los términos previstos en el art. 5.4 de la mencionada Ley 3/2013, conculca 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) y la Ley de transposición de la misma, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, así como también las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado. Por ello solicita se declare la nulidad del inciso mencionado del citado precepto del Decreto impugnado.

La Comunidad de Madrid, en su escrito de contestación, comienza por hacer referencia a la competencia que la Constitución atribuye en los arts. 149.1 y 148.1.18 a las Comunidades autónomas respecto de la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. Asimismo hace alusión a que en el art. 26.1.21 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (LO 3/83 de 25 de febrero según redacción dada por LO 5/98 de 7 de julio) la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el citado Estatuto tiene competencia exclusiva en las materias siguientes: Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, desarrollando tal competencia exclusiva a través de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, Ley 1/99 de 12 de marzo, desarrollando el Gobierno de la Comunidad de Madrid a través de diversas normas reglamentarias la regulación de los alojamientos turísticos entre los que se encuentra el Decreto ahora cuestionado de su Consejo de Gobierno. El Decreto, continúa la CAM, regula las denominadas viviendas de uso turístico, como nueva modalidad de alojamientos, expresando en su Preámbulo las razones a que atiende tal regulación. La exigencia de esta normativa autonómica viene impuesta a nivel estatal por la Ley 4/2013, de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, requiriendo la propia Ley 1/99 la actuación de la Comunidad de Madrid en materia de turismo como orientada a potenciar la calidad de los servicios turísticos, proteger los derechos de los consumidores y favorecer la creación de empleo estable en el ámbito de la actividad turística. Niega a continuación que se produzca en el precepto impugnado ninguna lesión de derechos constitucionales o normas comunitarias y solicita en fin se desestime el recurso interpuesto de contrario.

A tal argumentación y suplico responden asimismo los escritos de contestación de los restantes co-demandados, con la única excepción de la Asociación de Gestores de Viviendas de Uso Turístico (ASOTUR) y Apartamentos Turísticos (FEVITUR) que tras personarse en las actuaciones y señalar que han interpuesto dos recursos contencioso-administrativos que se siguen en esta misma Sala con los números 1059/2014



y 1159/2014, cuya acumulación con el presente se les ha denegado, solicitan la estimación de la demanda interpuesta de contrario si bien en el suplico piden la anulación de incisos diferentes del precepto impugnado por la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia demandante.

Esta última excepción determina que haya de efectuarse ab initio una precisión previa antes de abordar el fondo de la cuestión planteada mediante el recurso, respecto de la personación de dicha Asociación y su actuación en este proceso. Como bien indica dicho co-demandado, la figura del coadyuvante del demandante ha sido suprimida en la vigente Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), de forma que no es procedente por ello atender a la petición que se formula en el suplico de su escrito de contestación que coadyuva con la petición del recurrente en la impugnación de la disposición objeto del recurso pero por diferentes motivos y respecto a incisos distintos del precepto. El cauce idóneo para tal pretensión será, en efecto, el proceso o procesos a los que aluden dichas asociaciones y que se tramitan asimismo en esta Sala.

SEGUNDO.- Pues bien, delimitado el objeto del recurso en el sentido indicado, aun ha de hacerse otra precisión respecto de la competencia a que alude la Comunidad de Madrid en su escrito de contestación a la demanda para regular la materia, porque en el recurso no se cuestiona dicha competencia sino la regulación concreta que se ha efectuado en el Decreto impugnado en desarrollo de esa competencia que, se admite, corresponde a la Comunidad, y que, en efecto, se asienta en diversos preceptos de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de la ley 1/99 de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid.

Entiende la recurrente que el precepto impugnado, al imponer una limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días, infringe el art. 38 de la Constitución así como la Directiva de Servicios comunitaria a que se ha aludido más arriba. Y ello, porque supone una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados que no se justifica en modo alguno en la norma cuestionada. También aduce que la Ley de transposición de la Directiva comunitaria, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, somete a las regulaciones que limiten dicho establecimiento de los operadores en el mercado y el ejercicio de su actividad a la necesaria motivación en orden a la justificación de su necesidad por alguna de las razones de interés general de las comprendidas en su art. 3.11.; para señalar finalmente que el art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado (en adelante, LGUM) impone a dichas restricciones o limitaciones administrativas el sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad y reducción de cargas administrativas que no aparecen respetados en el Decreto ahora impugnado.

Ahora bien, para determinar si la regulación contenida en el Decreto 79/2014 vulnera tales normas, es preciso hacer referencia ante todo a tal marco normativo, 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, como alega la Comunidad de Madrid, 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 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*. Esta necesidad de motivación se desprende asimismo del art. 39 bis 1 de la ley 30/92 (introducido por el art. 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva Comunitaria de Servicios) al establecer que las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, *deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público* así como *justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen*. Esta justificación de las razones de interés general que motivan la limitación o restricción administrativa en la regulación de la libre competencia 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.

Sin embargo, lo primero que se constata en el Decreto impugnado es que en su articulado y exposición de motivos no se contiene una justificación o motivación de la regulación que limita tal actividad y libre acceso a los servicios que regula. Conforme indica el representante de la Administración esta justificación asentada



en razones de interés público (orden, seguridad o salud pública) respecto de las limitaciones y régimen de autorización que después se contienen en la norma, no aparece justificada con carácter general. Ello supone ya una vulneración de la mencionada normativa comunitaria y de la ley estatal que traspone la misma.

El Decreto que se recurre indica también en su Preámbulo que pretende regular las denominadas viviendas de uso turístico como nueva modalidad de alojamiento, señalando asimismo que sería poco efectivo dar la espalda a nuevas tendencias que se han impuesto de forma general en Europa y Estados Unidos, referidas al alojamiento privado con fines turísticos y que a petición del resto de empresarios y asociaciones del alojamiento y de los propios empresarios de viviendas de uso turístico, la Comunidad de Madrid ha impulsado la redacción del Decreto cuestionado que tiene como objetivo "... dar respuesta a las múltiples demandas de regulación y proporcionar la oportuna cobertura reglamentaria a la modalidad de los apartamentos turísticos... y a las viviendas de uso turístico...". Pero tal declaración no representa la justificación apuntada ni la motivación de razones de interés público que exige la normativa comunitaria para justificar las limitaciones que, por lo que hace a las viviendas de uso turístico, se contienen luego en el art. 17 del Decreto ahora cuestionado.

TERCERO .- Sentado lo anterior y aunque no se contiene en el Decreto impugnado una motivación general de las razones de interés público que han determinado la regulación y limitación o autorización administrativa del sector en el sentido ya indicado, en el citado *Preámbulo del Decreto se señalan tres objetivos concretos de la regulación* que deben analizarse a continuación para determinar si los mismos suplen esa justificación general de que adolece la norma, de forma que pueda entenderse justificada la limitación que se cuestiona en el presente proceso, a través de tales objetivos. O dicho de otro modo, si tales objetivos que se expresan en el Preámbulo del Decreto puede considerarse que sustituyen aquella justificación o motivación general de interés público que debería contener la regulación administrativa, de forma que a través de los mismos se entienda cumplida la exigencia de motivación que requieren tanto la normativa comunitaria como la estatal a la que nos referiremos seguidamente.

El art. 2 del Decreto define 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". En su art. 17 establece varias limitaciones o restricciones a dicha actividad económica, una de las cuales es la cuestionada en el presente recurso. Así, exige a los titulares de dichas viviendas la presentación ante la Dirección General competente en materia de turismo una declaración responsable de inicio de actividad, según modelo incluido en el Anexo III, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente; también establece que las viviendas *no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días* y que la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuara una vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro.

Los tres objetivos que aparecen reseñados en el Preámbulo de la Disposición como justificación concreta de dichas restricciones, autorizaciones o limitaciones son los siguientes: "...Para paliar los efectos de la inmersión en el ámbito turístico de una *sobreoferta descontrolada* de viviendas destinadas a uso turístico, se hace precisa su regulación con el fin de establecer unos mínimos requisitos tendentes a *proteger los legítimos derechos de los consumidores y usuarios turísticos de la Comunidad de Madrid*. A ello hay que añadir la necesidad de *acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal* constantemente denunciadas por las asociaciones del alojamiento madrileño y, en cualquier caso, poner freno a una oferta que podría estar ejerciendo una *actividad opaca a las obligaciones fiscales* que son exigibles al resto de establecimientos turísticos.

Así pues, las limitaciones contenidas en el art. 17 del Decreto, en este proceso en concreto la regulada en su apartado tercero relativa a la limitación temporal de más de cinco días, habrán de ser analizadas en relación con tales objetivos que se exponen en su Preámbulo para determinar si los mismos justifican en los términos de la Directiva comunitaria y ley 17/99 que traspone la misma, así como a la luz de las exigencias derivadas de la LGUM antes citada (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, para la garantía de la Unidad de Mercado) ese interés público y general requerido para la limitación en el libre acceso a los servicios que se regulan en la norma. No puede olvidarse que la LGUM dispone en su art. 5 que "...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. 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".

Del anterior precepto de la LGUM en relación con la normativa comunitaria antes citada, se extraen *dos relevantes consecuencias* a los efectos que ahora nos ocupan, a saber, que *la regulación o limitación de tales actividades debe obedecer a motivos de interés general* relativos a seguridad pública, orden público o salud pública; y, *asimismo, que las limitaciones, autorizaciones o restricciones administrativas concretamente establecidas han de ser proporcionadas a tal finalidad y necesarias para conseguir la misma.*

CUARTO.- Pues bien, comenzando por el primer aspecto, de los tres motivos esenciales que se exponen en el Preámbulo de la Disposición impugnada como justificación de la regulación administrativa, únicamente podrían responder a razones de interés general en el sentido ya expuesto la protección de consumidores u usuarios turísticos así como la eventual opacidad fiscal, pues la necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal así como la sobreoferta descontrolada en el mercado no se considera que, por su propia naturaleza, respondan a ninguno de esos motivos de seguridad, orden o salud pública que se establecen como parámetros generales en la limitación y, en todo caso, aparecen excluidos por la propia regulación comunitaria. Esta última dispone (art. 14 de la Directiva de Servicios) que "Los Estados miembros *no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio* en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos: ... aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una actividad económica o de una demanda en el mercado, a *que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad* o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general...". El art. 10. e) de la Ley 17/2009 de trasposición, establece " *En ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio* al cumplimiento de lo siguiente: requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a *que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales*, de la actividad o a que se haga una apreciación por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. *Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica*". Así pues, los fines u objetivos consistentes en el control descontrolado de la oferta o las situaciones de competencia desleal, que además tienen su protección propia a través de diversa legislación estatal, resultan excluidos como fines legítimos que justifiquen el interés público general a que debe atender la restricción, de conformidad con la normativa comunitaria y estatal que la traspone.

Pero, atendiendo ahora al segundo aspecto indicado más arriba, las limitaciones y restricciones impuestas por la norma cuestionada han de ser examinadas no ya solo desde la perspectiva de su justificación abstracta, esto es, examinando si se justifican por el interés general que reportan tales objetivos de interés general o público, sino también desde la óptica de su *necesidad y proporcionalidad* en cuanto que las limitaciones concretas que establecen sean necesarias y proporcionales para alcanzar tales fines, según se desprende de la regulación contenida en la Ley de Garantía para la Unidad de Mercado en su relación con la normativa comunitaria. Al análisis de la eventual concurrencia de esos dos requisitos se dedicará a continuación nuestro examen.

QUINTO.- En el presente recurso se impugna la regulación contenida en el art. 17.3 del Decreto 79/2014 por establecer una limitación temporal -" *... las viviendas no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...*" - porque no cumple con tales exigencias ni de necesidad ni de proporcionalidad en relación con esos dos objetivos concretos, protección de los consumidores y usuarios turísticos y evitar la opacidad fiscal. Veamos la limitación en relación con esos dos parámetros: necesidad de la medida y proporcionalidad de la misma.

En lo que respecta a la *necesidad de la medida y a su proporcionalidad* (esto es, si la limitación se precisa para el fin perseguido así como si esta es la medida menos gravosa para alcanzar tal fin) y siempre en relación con esos dos únicos objetivos que según lo expuesto podrían justificar su adopción: protección del consumidor o usuario turístico y opacidad fiscal, no se entiende muy bien, en efecto, conforme expone el representante de la Administración, que dicha medida temporal de limitación de estancia sea necesaria para la protección de esos dos objetivos y que por el contrario no lo sea la falta de establecimiento de un límite temporal mínimo. Desde luego, no parece que limitar temporalmente la oferta de viviendas turísticas tenga repercusión alguna en la eventual opacidad de las obligaciones fiscales, pues se encuentra totalmente desconectada de tal finalidad.

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

Además, tal finalidad como tal (protección del usuario turístico del servicio) ya se contempla en otros preceptos de la norma, al establecer el art. 5 del Decreto impugnado que los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico deberán cumplir las normas sectoriales aplicables en la materia, con especial mención de las normas de *seguridad, urbanismo, accesibilidad, sanidad y medio ambiente*. Así pues, la finalidad de protección del usuario del servicio, no parece desprenderse de la limitación de su estancia a periodos mayores de cinco días, porque no se considera que este se encuentre más protegido en sus derechos por el hecho de que se limite su estancia temporal en la vivienda. Tampoco tal medida aparece como proporcional respecto del fin que se expresa como determinante de aquella porque no se demuestra en modo alguno que sea la menos gravosa para el sector en la consecución del fin al que se afirma responde. Mas bien, lo que se desprende de tal limitación es la restricción de la competencia, conforme apunta el representante de la Administración, con respecto solo a una modalidad de alojamiento turístico, acreditándose por el contrario, a través del informe aportado por la Abogacía del Estado basado en la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística sobre la ocupación hotelera y estancia media de los viajeros por provincias, categorías y meses, que tal demanda turística es menor de cinco días en la mayoría de las ocasiones. De forma que, al demandarse el alojamiento turístico cuantitativamente en mayor medida para estancias más cortas de esos cinco días (fines de semana esencialmente) resulta perjudicado únicamente el sector de viviendas de uso turístico, único al que se impone tal restricción en la libre concurrencia, frente a las otras modalidades de alojamiento en relación con las cuales no se establece limitación temporal alguna.

SEXTO.- La Comunidad de Madrid y, por ende, la co-demandada Asociación Empresarial Hotelera de Madrid, que hace suyos los argumentos de la Comunidad Autónoma, alegan esencialmente para propugnar la legalidad de la disposición impugnada además de la protección de los intereses de los demás usuarios del inmueble, argumento que ya se ha examinado más arriba, así como la protección de la oferta descontrolada de viviendas que según se expuso no constituye fin válido que justifique la medida conforme a la regulación comunitaria y estatal, que el sometimiento a la regulación contenida en el Decreto impugnado es *voluntaria* para los operadores de la actividad económica, así como que *otras Comunidades Autónomas* también han regulado en *términos similares* dicho servicio y en algunos casos prohibido tal actividad, para referirse finalmente a que la regulación de la Comunidad de Madrid resulta parecida a la que se ha adoptado en *otros países y ciudades del Mundo como Nueva York y San Francisco* en un intento de cohonestar los derechos de los demás usuarios del inmueble con la libertad de empresa. Consideramos, no obstante, que ninguno de dichos argumentos es suficiente para respaldar la limitación a la libre competencia en el servicio que establece la medida examinada.

El primero, *la voluntariedad* de someterse al régimen que regula la norma que se impugna, porque, que dicho régimen sea opcional para los propietarios de viviendas no significa que la regulación sea conforme a Derecho. Esta razón que se opone por la Comunidad Autónoma demandada, aportando informe del director General de Turismo de la Comunidad de Madrid en el que puede leerse "las viviendas de uso turístico representan una opción para los propietarios, que podrán elegir entre someterse al Decreto 97/14 y en consecuencia explotarlas conforme a un uso turístico, o alquilar su propiedad conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos", no convierte en ajustado a Derecho lo que no lo sea, ni resta antijuridicidad al precepto que se examina. Obviamente, no es la posibilidad de excluir la aplicación de la norma por el destinatario de la misma lo que determina su conformidad o no a Derecho ni este Tribunal tiene encomendada la función de examinar esa posibilidad de exclusión como determinante de la conformidad al Ordenamiento de la disposición discutida, sino su adecuación por sí misma a dicho Ordenamiento Jurídico, con independencia de la elección del particular de acometer o no dicha actividad regulada por el Decreto que se impugna.

El segundo, *la comparación que se efectúa con otras regulaciones de varias Comunidades Autónomas* diferentes de la de Madrid, carece también de virtualidad porque la regulación cuya conformidad a Derecho se examina en este proceso es la de Madrid, no la de las restantes Comunidades Autónomas, por lo que la diferente regulación que se contenga en las mismas no empece a los razonamientos que, según lo expuesto, fundamentan la apreciación de disconformidad al Ordenamiento Jurídico antes expuesta respecto de la aquí impugnada.



Finalmente, en cuanto al *contraste con la normativa en ciudades como Nueva York o San Francisco*, la disconformidad del inciso impugnado se afirma más arriba esencialmente por contraposición a la normativa comunitaria y su transposición a las leyes españolas, por lo que difícilmente se puede apreciar incidencia alguna en tal apreciación en la regulación que se haya efectuado en ciudades que por su no pertenencia a la Unión Europea no se encuentran sometidas a la normativa comunitaria.

SÉPTIMO.- Los razonamientos precedentes determinan la estimación integra del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el art. 17.3 del Decreto de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid número 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, en lo referente al inciso de dicha disposición que dice textualmente que las viviendas de uso turístico "...no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...", pues tal inciso y limitación temporal resulta contrario a la normativa comunitaria y estatal señalada y constituye una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento.

La estimación integra del recurso determina la procedencia de imponer las costas procesales a la Administración autonómica demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJCA que ha consagrado el criterio objetivo del vencimiento.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que **estimando** el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Servicio Jurídico del Estado e Instituciones Públicas, en nombre y representación de la Comisión Nacional de los 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 en el inciso que dispone las viviendas de uso turístico "... **no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...** ", **declaramos la nulidad de dicho inciso del citado precepto**. Las costas procesales se imponen a la Administración demandada Comunidad Autónoma de Madrid.

Así, por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación dentro del plazo legalmente establecido, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que la misma no es firme pudiendo interponerse recurso de casación que habrá de prepararse ante esta misma sala en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución, previa constitución del depósito de 50 € en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a esta sección, tal y como establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, nº 2582 0000 93 0065 15 (Santander), especificando en el campo observaciones el concepto "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 Euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, la cuenta es IBAN ES55 0049 3659 9200 0500 1274, debiéndose consignar los 16 dígitos de la cuenta expediente y el concepto en el apartado observaciones.

Una vez que sea firme la sentencia, publíquese en el BOCAM.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia certifico.