

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO SOBRE LA DECISIÓN DE NO IMPUGNACIÓN DEL PLAN ESPECIAL DE PROTECCIÓN Y CATALOGACIÓN DE PROTECCIONES CIUTAT VELLA DE VALENCIA Expte LA/05/2020**Indice**

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ANTECEDENTES	2
III. BASES NORMATIVAS	4
IV. VALORACIÓN	5
IV. CONCLUSIÓN	8

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría del Pleno de la CNMC, formulo el presente voto particular **discordante con la decisión de no impugnación de la mencionada decisión administrativa al considerar que la misma no es ajustada a derecho y genera graves problemas en la competencia y en el interés general que, además, se prolongan indbidamente en el tiempo¹.**

I. INTRODUCCIÓN

1. En febrero de 2020 la Comisión Territorial de Urbanismo del Ayuntamiento de Valencia aprobó el Plan especial de protección y catalogación de protecciones Ciutat Vella de Valencia².

En marzo y abril de 2020 la Asociación de Pequeños propietarios, gestores y simpatizantes de las viviendas de uso turístico (VUT) de la Comunidad Valenciana solicitó de la CNMC que presentara una impugnación contra el Plan por las limitaciones que, a su juicio, contiene para las VUT.

2. El artículo 5.4 de la Ley de creación de la CNMC establece, entre las funciones del organismo, su legitimación activa “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”.

El artículo 21 de Ley de creación de la CNMC establece, como **competencias del pleno** de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “las que

¹ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

² Publicado el 26 de febrero de 2020 en el Boletín Oficial de la provincia de Valencia.

sean indelegables para el Consejo, **con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el artículo 5.4**³.

En consonancia, el artículo 14 del Estatuto Orgánico de la CNMC recoge las “Funciones e Informes de las Salas del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”⁴. Su párrafo primero establece que, de acuerdo con el artículo 21.2 de la LCNMC, las Salas conocerán los asuntos que no estén atribuidos expresamente al Pleno. “En particular: a) La Sala de Competencia **conocerá** de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y **con la actividad de la promoción de la competencia** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

Por ello, en opinión de esta Consejera, de la literalidad y espíritu de las normas aplicables, se desprende que las impugnaciones del artículo 5.4 de la LCNMC deben realizarse bajo el prisma de promoción de la competencia y que la competencia para conocer de ellas corresponde en exclusiva a la Sala de competencia de la CNMC.

II. ANTECEDENTES

3. El Plan General de Ordenación Urbana de Valencia (aprobado el 28 de diciembre de 1988), clasifica los usos del suelo del municipio del siguiente modo:

- **Uso residencial (R)** [art. 7.4]: aquel que se desarrolla en los edificios destinados al alojamiento permanente de personas, diferenciando entre uso residencial unifamiliar (Run), residencial plurifamiliar (Rpf) y uso residencial comunitario (Rcm).

- **Uso terciario (T)** [art. 7.5]: se distingue dentro del mismo entre uso Comercial (Tco), Hotelero (Tho), Oficinas (Tof) y Recreativo (Tre). El Uso Terciario Hotelero comprende las actividades que, destinadas a satisfacer alojamiento temporal, se realiza en establecimientos, sujetos a la legislación específica y se subdivide en:

a) Hoteles, hostales, pensiones y apartamentos en régimen de explotación hotelera (Tho1)

³ En el mismo sentido el artículo 12.2.a del Estatuto orgánico de la CNMC que habla literalmente de las que son competencias del Pleno de la CNMC y excepciona expresamente el artículo 5.4. Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 de agosto de 2013.

⁴ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 de agosto de 2013.

- b) los campamentos de turismo de uso colectivo, campamentos privados, centros y colonias de vacaciones escolares y similares (Tho2).

A efectos de determinar si un uso está o no permitido por el planeamiento municipal en un ámbito concreto, se atenderá al régimen de usos que establece el PGOU para los denominados ámbitos de zonificación en relación con lo dispuesto en el art. 7.2 de las normas urbanísticas que clasifican los usos según su adecuación a las distintas zonas del territorio:

- **Uso Global o Dominante**, que define el destino genérico de cada zona.
- **Uso Permitido o Compatible**, cuya implantación se admite por no ser contradictoria con el uso dominante en la zona.
- **Uso Complementario o Exigible**, el que según las determinaciones concretas de la normativa urbanística debe acompañar necesariamente al uso global previsto, así como, en su caso, a los usos permitidos, en la proporción que se determine.
- **Uso Prohibido o Incompatible** (no permitido por el planeamiento).”

4. El Plan Especial de Protección y Catálogo de Protecciones Ciutat Vella de València (PEP de Ciutat Vella), opta por la técnica de la zonificación en relación con las Viviendas de Uso Turístico.

La técnica implica la posibilidad de establecer limitaciones o incluso prohibir la implantación de viviendas de uso turístico en determinadas zonas o barrios de la ciudad, situados en el centro histórico o alrededores donde existe gran afluencia de turistas.

El artículo 6.4 del PEP de Ciutat Vella, en su punto tercero, distingue los siguientes usos terciarios: comercial, hotelero, vivienda turística, oficinas y recreativo. En la letra c) del mencionado punto tercero, se establece:

“Uso Terciario Vivienda Turística (Tvt): unidad de vivienda completa destinada a satisfacer alojamiento temporal con fines turísticos de conformidad con lo establecido en el art. 65 de la Ley 15/2018 de 7 de junio de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana (DOGV 8 Junio 2018) y del Decreto 92/2009 de 3 de julio, o normativa que en un futuro la sustituya.

Según las condiciones de implantación urbanística se establecen las siguientes modalidades:

V1.- Vivienda Turística (Tvt-v1). Para solicitar la compatibilidad urbanística de este uso la persona interesada deberá acreditar el cumplimiento de estas cuatro condiciones siguientes:

1. Que la vivienda sea cedida con finalidad turística **por una persona física** para la que dicha vivienda constituye su **domicilio habitual por lo que deberá estar empadronado en ella.**

2. Que el o los periodos temporales comercializados con finalidad turística no superan cualquiera que sea el número de veces que se cede los **60 días en un año natural.**

3. Que la vivienda dispone del correspondiente título habilitante que autorice la ocupación.

4. Que dicho **uso no se encuentre expresamente limitado o condicionado** más allá de lo previsto en este apartado por los **Estatutos de la Comunidad de Propietarios** del edificio donde se emplace la vivienda. Estas limitaciones y condiciones que pudieran imponer los Estatutos de la Comunidad de Propietarios si son más restrictivas prevalecerán sobre lo dispuesto en este apartado.

V2.- Vivienda Turística (Tvt-v2) en edificio de uso exclusivo y perteneciente a la modalidad "bloque y conjunto de viviendas turísticas". En este caso deberán cumplir íntegramente lo previsto en el Decreto 91/2009 de 3 de julio del Consell o en el que en un futuro lo sustituya."

El artículo 6.8 "Condiciones del Subámbito de Predominancia Residencial", en su punto 3, "Usos prohibidos o incompatibles en el subámbito Predominancia Residencial", recoge en su letra d) el "Uso Terciario vivienda turística, salvo la modalidad V1 (Tvt-v1) si cumple con las condiciones exigidas". En el mismo sentido se pronuncia el artículo 6.9.3.d), en relación con las "Condiciones del Subámbito de Predominancia Terciaria (comercial y servicios)".

III. BASES NORMATIVAS

5. El mencionado artículo 5.4 de la Ley de creación de la CNMC establece la legitimación activa del organismo "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".

6. Por su parte, el art. 5 de la LGUM establece el principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes en los siguientes términos:

“1. 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.

2. 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.”

7. El art. 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.”

IV. VALORACIÓN

8. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ha apreciado de manera constante que las viviendas turísticas dinamizan el mercado de alojamiento turístico, incrementan el nivel de presión competitiva, reducen los precios, proporcionan incentivos para una mayor calidad y eficiencia y aumentan la variedad disponible para los consumidores.

También ha puesto de manifiesto que las ofertas alternativas al alojamiento turístico tradicional pueden generar en algunos supuestos externalidades negativas que requieran de un análisis pormenorizado.

En todo caso, cualquier medida restrictiva de la competencia que se adopte debe ser analizada desde los parámetros de regulación económica eficiente de manera que respete los principios de necesidad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación y estar vinculada con la protección de una razón imperiosa de interés general⁵. Es doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que dentro de los criterios de determinación de las razones de imperioso interés general no pueden incluirse los condicionantes de carácter económico⁶.

Cualquier medida que pudiera considerarse desproporcionada o no justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, obstaculizaría de forma inadecuada la entrada de operadores en el mercado y limitaría su capacidad de competir. Una reducción de la competencia en beneficio de algunos operadores -en este caso hoteles o alojamientos tradicionales- reduciría los efectos positivos de una mayor competencia en términos de precios, calidad, variedad e innovación. Por ello reduciría el bienestar general. El estudio de la sobre la regulación de las viviendas de uso turístico en España (E/CNMC/003/18) publicado en agosto de 2018, califica tales actuaciones como restricciones especialmente graves.

9. El PEP califica el uso de vivienda turística como terciario. Por ello impone la exigencia de licencia de cambio de uso.

Tal exigencia no resulta coherente con la naturaleza intrínseca del uso de vivienda turística –consustancial al uso residencial-. La compatibilidad del uso de una vivienda como VUT y como de uso residencial ha sido declarada legalmente, circunstancia que hace innecesaria la obtención de una licencia de cambio de uso⁷.

⁵ Véase el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10565. Su párrafo primero establece que “En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.”

⁶ Véase la Sentencia de 24 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-400-08. Comisión contra España (ECLI:EU:C:2011:172) y Sentencia núm. 193/2013 de 21 noviembre Tribunal Constitucional (Pleno), dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5491/2012 (ECLI:ES:TC:2013:193).

⁷ La Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana, fue modificada por medio de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat para introducir en ella una disposición *Disposición adicional segunda* que establece que; 1. A los efectos de la emisión del documento acreditativo de compatibilidad urbanística contemplado en los artículos 65 y 77 de la Ley 15/2018, de 7 de junio, de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana, siempre y cuando no exista normativa municipal a tal efecto, **se entiende que las viviendas de uso turístico son compatibles con el uso urbanístico terciario y con el uso urbanístico**

El PEP de Ciutat Vella impone la acreditación de condiciones muy restrictivas para solicitar la compatibilidad urbanística de este uso: solo se permite a **personas físicas** y respecto del domicilio habitual en el que se esté **empadronado**. El resto de supuestos están prohibidos.

Se establece por tanto una prohibición casi absoluta de las VUT sin que se haya acreditado la relación de causalidad entre el bien jurídico protegido y las extraordinarias limitaciones previstas en la norma.

Además de tal limitación, en los supuestos no prohibidos, se establecen restricciones significativas: como el máximo anual, limitado a 60 días, y la no limitación vía Estatutos de la Comunidad de Propietarios.

10. La administración no ha acreditado, más allá de referencias genéricas a “la convivencia armónica y sostenible, desde el punto de vista social y ambiental, del uso residencial predominante y del uso turístico, accesorio, parcial, temporal de la vivienda habitual”, la relación de causalidad entre las limitaciones previstas y la una razón imperiosa de interés general.

Sin embargo, aun si asumiéramos el posible respeto al principio de necesidad, no podrían considerarse respetados los principios de proporcionalidad y no discriminación

11. En numerosas ocasiones las autoridades de la competencia han venido cuestionando medidas restrictivas a la viviendas turísticas como las analizadas al crear barreras de entrada no justificadas que, en última instancia, afectan a la libertad de empresa, a la libertad de establecimiento y al derecho de propiedad existiendo alternativas menos restrictivas de la competencia que podrían servir al objetivo pretendido⁸.

Además, “si existen externalidades negativas asociadas a un número elevado de alojamientos turísticos en determinadas zonas de las ciudades, lo que genera problemas de congestión, contaminación o ruido, éstos no son exclusivos de las viviendas de uso turístico sino de todos los alojamientos, incluidos los tradicionales (hoteles y apartamentos turísticos), por lo que la regulación no debería limitarse a las primeras. Un instrumento más proporcionado y menos

residencial según lo estipulado en el apartado segundo. Todo ello, hasta el momento en que un instrumento de planeamiento urbanístico municipal ordene las zonas urbanísticas, determinando su compatibilidad o incompatibilidad con el uso dominante.

2. Para otorgar la compatibilidad urbanística en uso residencial, las entidades municipales, si así lo estiman oportuno, podrán recabar informes de las distintas áreas internas de la gestión municipal para garantizar la integración y la convivencia vecinal.

3. Las entidades municipales podrán aprobar los instrumentos de ordenación de los usos turísticos, PORT y, en su caso, PIAT, los cuales tendrán naturaleza de ordenanza y seguirán para su aprobación los trámites de su regulación sectorial en materia de urbanismo.”

⁸ La Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana (CDC) analizó las prácticas contrarias a la competencia desplegadas por el Ayuntamiento de Valencia en el Informe CDC PROM 14/2015 - VIVIENDAS TURÍSTICAS.

distorsionador de la competencia que la zonificación para internalizar el coste de las externalidades negativas derivadas de la congestión en algunas zonas sería la intervención mediante un impuesto o tasa sobre la estancia en alojamientos turísticos, sin diferenciación del tipo de alojamiento”⁹.

12. Cuanto antecede permite concluir que la regulación urbanística es empleada en este caso con fines ajenos a los que le son propios y como un obstáculo a la libre competencia al establecer restricciones que impiden el ejercicio de la actividad sin existir una razón imperiosa de interés general que las justifique.

Por ello debe concluirse que no se ajusta a lo requerido por los principios de buena regulación que deben regir la actuación de la Administración.

IV. CONCLUSIÓN

Los argumentos previamente expuestos llevan a esta Consejera a manifestar que en su opinión, y aún asumiendo el principio de oportunidad aplicable a las impugnaciones del artículo 5.4 de la LCNMC, este organismo debería haber ejercitado sus capacidades de impugnación de la medida ante los tribunales al considerar:

En tal sentido emito este Voto Particular.

Firmado: María Pilar Canedo Arrillaga

⁹ Como ya indicó la CNMC en su informe “E/CNMC/003/18 ESTUDIO SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO EN ESPAÑA”, de 19 de julio de 2018, págs. 52-53.