

## **ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1/80/2020-T.**

**Expediente: CNS/AJ/129/2021**

### **CONSEJO. PLENO**

#### **Presidente**

D. Ángel Torres Torres

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup> María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D<sup>a</sup> María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D<sup>a</sup> Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

#### **Secretario**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 19 de mayo de 2021

### **1. ANTECEDENTES**

Con fecha 2 de marzo de 2021, ha tenido entrada en el Registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), oficio de la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana por el que solicita la emisión de un informe escrito sobre la regulación de viviendas de uso turístico contenida en el Plan especial de protección y Catálogo de protecciones Ciutat Vella de Valencia, aprobado el 13 de febrero de 2020 (BOPV 26.02.2020) por la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, "(en cuanto a los artículos 6.4.3 c), 6.5, 6.2, 6.8.3,d), 6.9.3.d), 6.10.5, 6.15.2.b), 6.16.3.c, 6.18.3.b) y 6.20 de las "2.1. Normas Urbanísticas de Protección. Valencia, octubre 2019 (mod. Enero 2020)" en cuanto a su conformidad con la libre prestación de servicios, competencia y unidad de mercado prevista en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado, así como su normativa concordante".

El informe se solicita como prueba pedida por VIUTUR en el marco del recurso interpuesto contra el citado Plan Especial (P.O. 80/2020).

## **2. PLAN ESPECIAL DE PROTECCIÓN Y CATÁLOGO DE PROTECCIONES DE CIUTAT VELLA**

Según se indica en el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 13 de febrero de 2020, el Plan Especial de Protección y Catálogo de protecciones de Ciutat Vella (PEP) tiene por objeto la regulación patrimonial, urbanística y paisajística de los bienes inmuebles y espacios que se integran en la parte del Conjunto Histórico de Valencia denominada Ciutat Vella.

Para ello, regula, entre otros, los requisitos a los que han de sujetarse los actos de edificación y uso del suelo y las actividades que afectan a los inmuebles, a sus espacios de protección y al espacio público.

Como se señala en el citado Acuerdo, el PEP surge por la necesidad de abordar los siguientes aspectos: (i) recuperación del tejido residencial y de las áreas degradadas; (ii) elevar la cantidad y calidad de los equipamientos; (iii) revitalización de usos y actividades económicas en la zona; (iv) aumentar la calidad del espacio público, del paisaje urbano y de la movilidad; y (v) conservación y puesta en valor del patrimonio.

Por lo que se refiere a las viviendas de uso turístico (VUT), se busca una ordenación que procure *“la convivencia armónica y sostenible”* del uso residencial predominante y del uso turístico.

Para ello, se recurre a la técnica urbanística de la zonificación que implica la posibilidad de establecer limitaciones o incluso prohibir la implantación de VUT en determinadas zonas o barrios.

El PEP introduce un nuevo uso terciario para incluir en él a las VUT. Dicho nuevo uso se denomina “uso terciario de vivienda turística” y comprende dos modalidades:

- 1) V1 Vivienda turística (Tvt-v1), que se admite en el área de calificación residencial como compatible, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
  - a) Que la vivienda sea cedida con la finalidad turística por una persona física para la que dicha vivienda constituya su domicilio habitual, por lo que deberá estar empadronado en ella.
  - b) Que los períodos temporales comercializados con finalidad turística no superen, cualquiera que sea el número de veces que se ceda la vivienda, los 60 días en un año natural.
  - c) Que la vivienda disponga del correspondiente título habilitante que autorice la ocupación.
  - d) Que dicho uso no se encuentre expresamente limitado o condicionado por los Estatutos de la Comunidad de Propietarios del edificio donde se emplace la vivienda. Las limitaciones que pudieran imponer los Estatutos, prevalecerá sobre los requisitos expuestos, si son más restrictivas que los mismos.

- 2) Vivienda turística (Tvt-v2) en edificio de uso exclusivo perteneciente a la modalidad “bloque y conjunto de viviendas turísticas”. En este caso, deberá cumplir con lo previsto en el Decreto 91/2009, de 3 de julio, del Consell, por el que se aprueba el reglamento regulador de los bloques y conjuntos de viviendas turísticas de la Comunidad Valenciana.

En los apartados del artículo 6 a los que se alude en la petición de informe, se concreta la prohibición de implantación de VUT en edificios de uso residencial, salvo que se cumplan los requisitos señalados anteriormente. En el caso del ámbito terciario, solo se permite la implantación con las condiciones indicadas.

### **3. RESTRICCIONES DE TIPO URBANÍSTICO Y VUT**

Tal y como se ha descrito en el apartado 2, el PEP establece restricciones a la implantación de las VUT en Ciutat Vella consistentes en la zonificación de esta área y en el establecimiento de un uso terciario específico para este tipo de viviendas limitando e incluso prohibiendo, su implantación en edificios de uso residencial y en edificios de uso terciario (salvo que se trate de un bloque de VUT).

De acuerdo con lo apuntado en el apartado 3, la CNMC se ha manifestado en múltiples ocasiones acerca de las restricciones derivadas de actuaciones administrativas que inciden en la implantación de VUT<sup>1</sup>.

Con carácter preliminar, conviene precisar que la CNMC ha puesto de manifiesto reiteradamente que las VUT 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 para los consumidores.

El artículo 38 de la Constitución Española reconoce “*la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*” e impone a los poderes públicos la función de garantizar y proteger “*su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

Asimismo, el artículo 139 de la Constitución dispone que “*Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español*”.

Con base en lo anterior, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), parte de la regla general sobre libre iniciativa

---

<sup>1</sup> [E/CNMC/003/18](#) ESTUDIO SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO; Impugnación de la modificación del PGOU de Bilbao ([LA/05/2018](#)); Impugnación de la Ordenanza de viviendas de uso turístico de San Sebastián ([LA/06/2018](#)); Impugnación del Plan Especial de Hospedaje del Ayuntamiento de Madrid ([LA/05/2019](#)); [IPN/CNMC/02/2019](#), Informe sobre el proyecto de Decreto por el que se regulan las VUT en la Región de Murcia; [IPN/CNMC/007/2015](#), Informe sobre el proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de VUT en Aragón; [LA/03/2015](#) Turismo Canarias; [LA/05/2014](#) Decreto alquiler turístico Comunidad de Madrid

económica, según su artículo 16: *“El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales”*.

En definitiva, toda actuación administrativa debe respetar el funcionamiento competitivo de los mercados. La adopción de una limitación o restricción para el funcionamiento competitivo de los mercados deberá venir precedida de una ponderación entre los intereses generales que se pretenden salvaguardar con tal restricción y aquellos otros intereses derivados de un funcionamiento competitivo de los mercados.

Ello se traduce en la aplicación de principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en la regulación de las actividades económicas, cuya aplicación se exige con mayor rigor en caso de regímenes autorizatorios. Así figura tanto en la normativa básica del Estado como en el Derecho Europeo.

Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015), establece los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad. A tenor de dicho artículo, toda limitación de las actividades económicas deberá sujetarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Por otra parte, la regla general de libertad de acceso a las actividades económicas prevista en la LGUM determina que todo límite impuesto por una autoridad competente a tal derecho debe justificarse en los términos de la propia LGUM o del Derecho Europeo (o internacional).

Del artículo 5 LGUM resulta que toda posible limitación a la regla general de libre iniciativa económica deberá ser “necesaria”, es decir, estar motivada en una razón imperiosa de interés general, y ser “proporcionada” a esa razón invocada:

*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.*

Las razones imperiosas de interés general son, de modo tasado, alguna de las previstas en el artículo 3.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio:

*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.*

En definitiva, mediando una razón imperiosa de interés general (que no podrá ser de naturaleza económica), la proporcionalidad de una medida consistirá en que la misma sea adecuada al objetivo que se trate de alcanzar (idoneidad) y que no vaya más allá de lo necesario para lograrlo (mínima restricción).

El artículo 9 LGUM exige que las autoridades competentes tengan en cuenta los principios de esa Ley, incluido el de necesidad y proporcionalidad, en las disposiciones que adopten<sup>2</sup>.

Por lo que se refiere a las **restricciones concretas de tipo urbanístico**, la CNMC ha manifestado<sup>3</sup> que carece de justificación económica determinar mediante el planeamiento urbanístico dónde puede establecerse una VUT o cuál es el número de viviendas turísticas que tiene que haber en un área determinada. En el supuesto de que existan externalidades relevantes y específicas de este tipo de viviendas, se podrían corregir con mecanismos más proporcionados.

Como se ha señalado anteriormente, el PEP contiene dos tipos de restricciones a la implantación de VUT:

- (i) restricciones por usos del suelo (los artículos del PEP sobre los que se ha solicitado informe, que aluden a las restricciones por uso son los siguientes: 6.2; 6.4.3.c; 6.5 y 6.20)
- (ii) restricciones por zonificación (los artículos del PEP sobre los que se ha solicitado informe, que aluden a zonificación son: 6.8.3.d; 6.9.3.d; 6.10.5; 6.15.2.b; 6.16.3.c y 6.18.3.b).

---

<sup>2</sup> Artículo 9 LGUM: “1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella [...]”.

<sup>3</sup> ESTUDIO SOBRE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO, ya citado.

Ha de indicarse que la CNMC ha mantenido que las VUT son un alojamiento destinado a un uso residencial, sin perjuicio de que la vivienda, o una parte de ella, que pueda ser objeto de cesión temporal. Por ello, se ha sostenido que la cesión de VUT debería ser compatible con el uso residencial de la vivienda.

Por lo que se refiere a la zonificación, la CNMC ha propuesto mecanismos alternativos menos distorsionadores de la competencia para tratar de resolver las posibles externalidades negativas de las VUT (intervención vía mecanismos fiscales).

#### **4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE VUT Y PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

Recientes pronunciamientos judiciales<sup>4</sup> han confirmado la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento para imponer restricciones a la implantación de VUT.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la UE, en su sentencia de 22 de septiembre de 2020 (C-724/18 Cali Apartments y C-727/18 Procureur général près a cour d'appel de Paris y ville de Paris) ha señalado que el artículo 9.1 b) y c) de la Directiva de servicios debe interpretarse *«en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz»*.

Esa doctrina del TJUE ha sido acogida por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2019 (recurso 5958/2019), la cual desestimó en casación el recurso de la CNMC frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de junio de 2019 (recurso 565/2018), que confirmó la legalidad del Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao por el que se aprobó definitivamente la modificación del PGOU en lo relativo a la regulación del alojamiento turístico.

El Tribunal Supremo, en el FJ 9º de la citada sentencia, ha señalado que el derecho a la vivienda digna y adecuada, en los términos de la Constitución Española, así como la protección del entorno urbano, habilitan la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento. Según el Tribunal Supremo,

---

<sup>4</sup> Sentencia de la Sala de lo CA del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2020 (rec. 5958/2019); Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 22 de septiembre de 2020 (C-724/18 y C-727/18); Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de enero de 2021 (rec. 862/2018); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2021 (rec. 1236/2019)



tales conceptos tienen la consideración de razón imperiosa de interés general que habilita a la Administración local a someter a las VUT a una calificación o régimen de usos urbanística concreta. El establecimiento de este tipo de regímenes (como el contenido en la modificación del PGOU de Bilbao, objeto del recurso de casación) *“no va encaminado -en modo alguno- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas”*.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en dos recientes sentencias ya citadas, ha desestimado las pretensiones de la CNMC relativas a la inexistencia de razón imperiosa de interés general que justifique las limitaciones impuestas en las VUT a través de mecanismos derivados del planeamiento urbanístico y la vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 de la LGUM, señalando que: *“Para rechazar tales aseveraciones basta precisamente un simple recorrido por la jurisprudencia del TJUE referente a la consideración de “la protección del medio ambiente y del entorno urbano” como razón imperiosa de interés general de las definidas 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 (LAASE) y que, por tanto, habilitan para limitar el acceso o ejercicio de una actividad económica o, como previene la Directiva de servicios, “justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones” (Considerando 56).”*

Tanto en el caso de Bilbao, como en el de Madrid, los consistorios han actuado urbanísticamente estableciendo limitaciones a la implantación del uso terciario en la clase de hospedaje con la finalidad de salvaguardar el uso residencial en aquellos distritos y barrios en los que se estaría viendo severamente desplazado por el uso terciario de la clase de hospedaje, lo que, según la jurisprudencia comunitaria y nacional, constituye una razón imperiosa de interés general.

## **5. SOLICITUD DE IMPUGNACIÓN DEL PEP Y DECISIÓN DE LA CNMC**

Por último, ha de indicarse que la CNMC ya ha tenido ocasión de examinar el PEP con motivo de la solicitud de impugnación que la Asociación de Pequeños propietarios, gestores y simpatizantes de las VUT presentó ante esta Comisión el 11 de marzo de 2020 -al amparo del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 5 de junio, de creación de la CNMC- por las limitaciones que, a su juicio, contiene dicho Plan para las VUT.

Con fecha 30 de julio de 2020, el Consejo de la CNMC decidió no proceder a la impugnación solicitada tal y como le fue comunicado mediante oficio de fecha 6 de agosto de 2020 a la asociación solicitante.

La decisión del Consejo de no impugnar contó con un [voto particular](#) formulado por la Consejera Dña. Pilar Canedo al considerar que dicha decisión no se ajustaba a Derecho y generaba *“graves problemas en la competencia y en el interés general que, además, se prolongan indebidamente en el tiempo”*. (Se adjunta como documento aparte).

## 6. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto se puede concluir que:

- La CNMC ha puesto de manifiesto reiteradamente que las VUT 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 para los consumidores.
- Toda medida restrictiva de la competencia que se adopte (incluidas las restricciones de tipo urbanístico a través de la zonificación o usos específicos) deben ser analizadas desde los parámetros de la regulación económica eficiente de modo que esté justificada por una razón imperiosa de interés general y respete los principios de necesidad, transparencia, proporcionalidad, no discriminación.
- Recientes pronunciamientos judiciales (TJUE, TS, TSJ de Madrid) han manifestado que el derecho a la vivienda digna y adecuada, en los términos de la Constitución Española, así como la protección del entorno urbano, habilitan la intervención municipal en uso de la potestad de planeamiento.
- Desde la óptica del principio de proporcionalidad, la CNMC ha señalado que existen mecanismos alternativos menos distorsionadores de la competencia para tratar de resolver las posibles externalidades negativas de las VUT (como son los problemas de sobreoferta o congestión en determinadas áreas o los problemas de convivencia dentro de un mismo edificio). De acuerdo con los recientes pronunciamientos judiciales, la existencia de justificación suficiente para la medida de intervención concreta debe dilucidarse a la luz del conjunto de circunstancias concurrentes.
- El Consejo de la CNMC, en su sesión de 30 de julio de 2020, decidió no proceder a la impugnación de ciertos apartados del Plan especial de protección y Catálogo de protecciones Ciutat Vella de Valencia, extremo que fue comunicado a la reclamante mediante oficio de fecha 6 de agosto de 2020 a la asociación solicitante.

Dicha decisión del Consejo de la CNMC contó con un voto particular formulado por la Consejera Dña. Pilar Canedo.



**Voto particular que formula el Consejero D. Mariano Bacigalupo Saggese en relación con el Informe emitido en sede de prueba a solicitud de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Procedimiento Ordinario 80/2020), aprobado por el Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su sesión de 19 de mayo de 2021.**

Emito el presente voto particular pues discrepo respetuosamente del contenido del informe referenciado en el encabezamiento de este voto.

Si bien el informe aprobado por el Pleno del Consejo de la CNMC se adopta en sede de prueba, desborda notoriamente el objeto legal de la prueba en el proceso contencioso-administrativo (art. 60 LJCA), pues –salvo la referencia objetiva a normas y resoluciones judiciales, cuyo conocimiento incumbe al órgano jurisdiccional (*iura novit curia*), y al hecho de que el Pleno del Consejo de la CNMC acordó en sesión de 30 de julio de 2020 de no impugnar el Plan especial de protección (PEP) de la Ciutat Vella de Valencia- el informe no versa sobre puntos de hecho controvertidos en el procedimiento jurisdiccional de origen, sino que –a modo de un pronunciamiento de *amicus curiae*, figura inexistente en el proceso contencioso-administrativo español- recoge e incide esencialmente en juicios en derecho y valoraciones jurídicas, cuestiones ajenas al objeto del recibimiento a prueba de los litigios contencioso-administrativos.

Madrid, a 19 de mayo de 2021