

IMPULSO JUDICIAL AL TURISMO COLABORATIVO¹

José María Martín Faba

Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla La-Mancha

Resumen: En el presente trabajo se realiza una sucinta descripción de la situación legal del turismo colaborativo en España que sirve como prolegómeno para describir el caso proyectado en la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) núm. 292/2016 de 31 de mayo, que declara nulo el artículo 17.3 del Decreto 79/2014 de 10 de julio, el cual establece que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días.

Palabras clave: Turismo colaborativo, vivienda de uso turístico, libre competencia.

Title: Judicial boost of sharing tourism

Abstract: The present paper exposed a brief description of the legal situation related to Spanish sharing tourism, following by an analysis in regards to the case exposed in judgment of the High Court of Justice of Madrid (Administrative Court) num. 292/2016, May 31st 2016, holding section 17.3 of Decree 79/2014 10th July, invalid. This section set out that homes for tourist use can not be contracted for a period shorter than five days.

Keywords: Sharing tourism, fair competition.

SUMARIO. 1. Una aproximación al estado legal del turismo colaborativo en España. 2. Síntesis del contenido del Decreto 79/2014, de 10 de julio. 3. Aclaraciones fácticas sobre la STSJ de Madrid núm. 292/2016. 4. Sobre la imposición de una limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días (art. 17.3). 4.1. *Argumentos de la recurrente.* 4.2. *Argumentos de la Comunidad Autónoma de Madrid.* 4.3. *Normativa manejada por el TSJ.* 4.4. *La falta de motivación general del Decreto.*

¹ Trabajo realizado en el marco de la beca de colaboración con referencia 2016-BCL-5999 para el Proyecto «Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco» cuyo director e investigador responsable es el Prof. Dr. Ángel Carrasco Perera, de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

4.5 Análisis de los objetivos del Decreto. 4.5.1. La limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días no obedece a motivos de interés general, no es proporcionada a la finalidad de la restricción, ni necesaria para lograr el objetivo de la misma. 4.5.2. Ni la voluntariedad de someterse al régimen del Decreto, ni que existan otras normas similares en distintas CCAA y ciudades estadounidenses sirven para sortear la nulidad del art. 17.3. 5. Sobre la nulidad de los apartados 1 y 5 del artículo 17 del Decreto. 5.1. Respecto a la nulidad del artículo 17.1. 5.2. En relación a la nulidad del artículo 17.5.

1. Una aproximación al estado legal del turismo colaborativo en España

En los últimos años el desarrollo de la economía colaborativa en general² y del turismo colaborativo en particular han supuesto todo un cambio de paradigma en el sector turístico español. En este contexto las viviendas de uso turístico han estado en el centro del debate, ya sea en relación a su incidencia, como en lo referente a la necesidad de otorgarlas un marco jurídico adecuado.

Como señalan algunos autores³ la cesión temporal de una vivienda para disfrute vacacional no es un hecho totalmente desconocido en nuestro país, ya que su regulación a través del arrendamiento de temporada daba respaldo jurídico a los propietarios que conforme a los artículos 348, 1.254 del CC y 33 de la CE⁴, ponían en pleno funcionamiento el derecho a la propiedad y el disfrute de la misma⁵.

², La CNMC (en el estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa [E/CNMC/15], p.17, disponible en http://www.bez.es/images/carpeta_gestor/archivos/RESULTADOS_PRELIMINARES.pdf, [consulta: junio 2015]), expone que “aunque no existe aún una definición comúnmente aceptada de economía colaborativa (sharing economy), se puede considerar que engloba un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet (...)”. Asimismo, “las relaciones económicas colaborativas suponen un nuevo paradigma bajo el que los intercambios voluntarios se pueden producir en mayor medida entre iguales, los denominados peers”.

³ GUILLÉN NAVARRO, N. A., “El alojamiento privado y su amenaza al sector turístico español”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.913/2015, p.2, (BIB 201 5/17747).

⁴ Así, el arrendamiento de temporada viene regulado en los artículos 3.2 y 29 a 35 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (RCL 1994, 3272), [en adelante, LAU 1994]. No obstante, esta norma excluye de su ámbito de aplicación “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”, como veremos a continuación.

⁵ Incluso, existían normas estatales que regulaban la cesión temporal de vivienda para disfrute vacacional. En este sentido, la Orden de 17 de enero de 1967, por la que se aprobó la ordenación de apartamentos, “bungalows” y otros alojamientos similares de carácter turístico [RCL 1967, 163, 256] y Real Decreto m2877/1982, de 15 de octubre [RCL 1982, 2982], de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales. Ambas normas, quedaron derogadas con la entrada en vigor de del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero (RCL 2010, 227), por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

Sin embargo, el auge en la oferta de servicios turísticos y la comercialización de estas viviendas en internet –como consecuencia de la aparición de plataformas como *Airbnb*⁶ o *Wimdu*⁷–, con la finalidad lucrativa indisociable, ha hecho que la cesión de la vivienda regulada a través del arrendamiento de temporada se vea obsoleta.

Además, la modificación de la LAU 1994 operada por la Ley 4/2013 de 4 de junio⁸, que excluyó del ámbito de aplicación de aquella (art. 5.b LAU 1994) 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”*, provocó que las CCAA –utilizando la vía del artículo 148.1.18º CE⁹– empezaran a regular el fenómeno del turismo colaborativo¹⁰.

Así, cabría señalar normativas como las aprobadas en la Comunidad de Madrid (Decreto 79/2014 de 10 de julio, que regula los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid [LCM 2014\164]), Aragón (Decreto 80/2015 de 5 de mayo, que aprueba el Reglamento de las viviendas de uso turístico en Aragón [LARG 2015\159]) o Canarias (Decreto 113/2015 de 22 de mayo, que aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de Canarias, [LCAN 2015\205]), que se suman a otras que ya existían en Cataluña (2012), Comunidad Valenciana (2009), Islas Baleares (2012) o Principado de Asturias (2003). En todas estas normas se regula el régimen jurídico para la prestación del servicio de alojamiento en apartamentos turísticos y/o viviendas de uso turístico, existiendo una gran disparidad entre sus contenidos.

2. Síntesis del contenido del Decreto 79/2014, de 10 de julio

El Decreto 79/2014 tiene por objeto regular el régimen jurídico y los requisitos mínimos que deben cumplir los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (art. 1).

⁶ Vid. <https://www.airbnb.es/>.

⁷ Vid. <http://www.wimdu.es/>.

⁸ De medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, (RCL 2013\841).

⁹ Precepto que otorga a las CCAA competencia en materia de *“promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”*.

¹⁰ Si bien, es dudoso que a tenor de lo establecido en el artículo 149.1.8º CE las CCAA puedan crear nuevos tipos de contratos civiles, por lo que la mayoría de la doctrina (por todos, vid. GUILLÉN NAVARRO, N. A., *op. cit.*, p.3), apuesta porque este tipo de cesión en realidad se trata de un contrato de hospedaje, contrato atípico que se viene configurando desde hace tiempo por la regulación turística. Siendo conveniente a juicio del autor citado, separar claramente la cesión temporal de una vivienda con o sin servicios turísticos, lo que nos llevará a determinar si nos encontramos ante un arrendamiento de temporada o si en realidad nos enfrentamos a una vivienda de uso turístico.

De ahí que la norma diferencie entre apartamento turístico y vivienda de uso turístico (art. 2). El primer concepto hace referencia a *“los inmuebles integrados por unidades de alojamiento complejas, dotadas de instalaciones, equipamiento y servicios en condiciones de ocupación inmediata, destinados de forma habitual al alojamiento turístico ocasional, sin carácter de residencia permanente, mediante precio”*, mientras que el segundo, se refiere a *“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 y a cambio de un precio”*. En esencia, la diferencia fundamental entre un apartamento turístico y una vivienda de uso turístico es la habitualidad con la que se ofertan en el mercado¹¹, destinándose los primeros frecuentemente al alojamiento turístico, mientras que los segundos, no tienen por que estar destinados de forma habitual a la ocupación turística sino solo eventualmente.

Otra diferencia práctica entre ambos conceptos es que la vivienda de uso turístico es una vivienda destinada a un uso residencial, que puede pertenecer a un particular y que se puede encontrar en una comunidad de vecinos, mientras que los apartamentos turísticos están destinados a un uso de servicios de alojamiento y ocupan normalmente todo un edificio destinado a este fin¹².

Así, el régimen jurídico de los apartamentos turísticos está regulado en el capítulo II del Decreto (arts. 8 a 16), entretanto, las viviendas de uso turístico se reglamentan en el capítulo III (arts. 17 a 20).

Únicamente matizo que las condiciones y requisitos mínimos para la prestación del servicio de alojamiento a través de apartamentos turísticos o mediante viviendas de uso turístico, difieren, siendo más restrictivas las relacionadas con los apartamentos turísticos (*cf.* Capítulo II y III), quizás, debido a la habitualidad, o más bien, por la “profesionalidad” con la que se ofertan estos inmuebles turísticos, presumiendo la Norma la factibilidad de que puedan alcanzar estándares altos de calidad. Sin embargo, como veremos a continuación, las supuestas restricciones a la libre competencia examinadas en la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) núm. 292/2016 de 31 de mayo (JUR 2016, 127744), esto es, la exigencia de disponer de plano de la vivienda firmado por técnico competente y visado por el colegio profesional correspondiente; la exigencia de inscripción en un registro a efectos de publicidad y; la prohibición de contratar por un período inferior a cinco días (*cf.* arts. 11 y 17), se producen con ocasión de la regulación del régimen jurídico de las viviendas de uso turístico.

3. Aclaraciones fácticas sobre la STSJ de Madrid núm. 292/2016

¹¹ A tenor de lo establecido en el artículo 3.2 del Decreto 79/2014, *“(s)e entenderá por habitualidad el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural”*.

¹² *Vid.* CNMC, *op. cit.*, p. 65.

La asociación de particulares, gestores y pequeños propietarios de alquiler vacacional de la Comunidad de Madrid (en adelante, Madrid Alojja)¹³ y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC)¹⁴, interpusieron sendos recursos contenciosos administrativos –en relación con una disposición de carácter general ex art. 25.1 LRJCA– contra varios apartados del artículo 17 del Decreto 79/2014¹⁵ –referentes al régimen jurídico de las viviendas de uso turístico–. Así:

- Madrid Alojja pretendía que se declarasen nulos el último inciso del artículo 17.1¹⁶, la primera parte del artículo 17.3¹⁷ y el artículo 17.5¹⁸ del citado Decreto, y;
- la CNMC únicamente instó la nulidad del primer inciso del artículo 17.3 de la norma aludida¹⁹.

Como consecuencia de los anteriores pedimentos el TSJ de la Comunidad de Madrid dictó dos sentencias. La primera como resultado del recurso interpuesto por la CNMC –el cual fue estimado totalmente– y, la segunda, con ocasión del recurso planteado por Alojja Madrid –que fue estimado parcialmente–. En ambas resoluciones el TSJ declara nulo el artículo 17.3 del Decreto 79/2014, no obstante, mantiene la validez de los apartados 1 y 5 del mencionado artículo 17 a raíz del recurso interpuesto por Madrid Alojja.

¹³ Legitimada por la vía del artículo 19.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, (RCL 1998\1741). En adelante, LRJCA.

¹⁴ Legitimada tanto por la vía del art. 19.1.g) LRJCA, así como por el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, (RCL 2013\840). En adelante, LCNMC.

¹⁵ En el mismo sentido, La Asociación Canaria de Alquiler Vacacional (Ascav), ha presentado un recurso contencioso administrativo contra el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, que aprueba el Reglamento de viviendas vacacionales de Canarias, que ya ha sido admitido por el TSJ de la Comunidad. *Vid.* <http://www.laopinion.es/canarias/2016/06/07/admitido-recurso-ascav-decreto-alquiler/680525.html>, [consulta: junio 2015].

¹⁶ El cual reza, que *"(l)os titulares de viviendas de uso turístico presentarán 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"*.

¹⁷ El presente apartado dispone, que *"las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un período inferior a cinco días y no podrán utilizarse como residencia permanente, ni alegar la condición de domicilio para impedir la acción de la inspección competente"*.

¹⁸ En este punto, manifiesta el precepto, que *"(l)a inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuará 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"*.

¹⁹ La CNMC (*op. cit.*, p.83) ya exponía que *"(e)l establecimiento de un número de días máximo o mínimo para ofertar una vivienda de uso turístico supone una restricción a la competencia injustificada(...)"*.

En el presente artículo solo se comentará la sentencia que trae causa del recurso interpuesto por Madrid Aloja, ya que en ambas sentencias el TSJ resuelve a través de los mismos fundamentos de derecho la cuestión relativa a la nulidad del primer inciso del artículo 17.3. Además, la STSJ objeto del presente comentario es más completa al abordar también la nulidad de los artículos 17.1 y 17.5, asunto que no se trata en la sentencia fruto del recurso planteado por la CNMC porque su defensa no impugno la validez de estos apartados.

4. Sobre la imposición de una limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días (art. 17.3)

4.1. Argumentos de la recurrente

La recurrente –y la CNMC– considera que el artículo 17.3 es contrario a diversos preceptos constitucionales y que crea un obstáculo a la competencia efectiva de los mercados en los términos previstos en la LCNMC²⁰, conculca la Directiva 2006/123/CE²¹ y la Ley 17/2009²², así como las previsiones de la Ley 20/2013²³.

Concretamente, entiende la recurrente que el precepto impugnado el cual impone 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 CE y la Directiva 2006/123/CE (arts. 4 y 9). A juicio de la recurrente supone una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados que no queda justificada en modo alguno en la norma cuestionada.

En este sentido aduce la recurrente que la Ley de transposición de la Directiva comunitaria, la Ley 17/2009, somete a las regulaciones que limiten el 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. 3.11²⁴. Asimismo señala que el art. 5 de la LGUM²⁵ impone a

²⁰ Así, establece el artículo 5.4 de la LCNMC que "(e)n 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".

²¹ De 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior (LCEur 2006\3520).

²² De 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (RCL 2009\2256).

²³ De 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (RCL 2013\1773). En adelante LGUM.

²⁴ Así, el artículo 3.11 (al igual que el artículo 4.8 de la Directiva 2006/123/CE) establece como "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

dichas restricciones o limitaciones administrativas el sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad y reducción de cargas administrativas, que en opinión de la recurrente no aparecen respetados en el Decreto impugnado.

4.2. Argumentos de la Comunidad Autónoma de Madrid

Por el contrario, alega la CA de Madrid²⁶ que las razones a las que atiende tal regulación están expresadas en el Preámbulo de la disposición general impugnada, a saber, 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. Negando a continuación la administración demandada que el precepto objetado lesione derechos constitucionales, normas comunitarias y/o estatales.

Asimismo, fundamenta la Administración madrileña que las limitaciones previstas en la norma tienen el objetivo de tutelar a los restantes usuarios del inmueble de uso turístico, esto es, a los demás vecinos del inmueble (ya que una de las características propias de tal modalidad de uso es que implica la convivencia de viviendas dedicadas a tal servicio junto a las ocupadas por los demás vecinos del inmueble).

Además, aduce la Comunidad de Madrid la voluntariedad del sometimiento al Decreto impugnado para los operadores de esta actividad económica, así como que otras CCAA también han regulado en términos similares dicho servicio y en algunos casos prohibido tal actividad. Finalmente, hace referencia la demandada 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 York²⁷ y San Francisco, en un intento de cohonestar los derechos de los demás usuarios del inmueble con la libertad de empresa.

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".

²⁵ Este precepto reza, que "(l)as 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". Además, "(c)ualquier 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"

²⁶ Y por ende, la codemandada Asociación Empresarial Hotelera de Madrid, que hace suyos los argumentos de la CA de Madrid.

²⁷ Como se desprende del trabajo elaborado por la CNMC (*op. cit.*, p.87), "en la ciudad de Nueva York está prohibido el alquiler de las viviendas de uso turístico por un período inferior a 30 días". Teniendo esta medida a juicio de la CNMC, "unos efectos anticompetitivos, incluso, más acentuados, ya que el período de exclusión del mercado de este tipo de alojamientos es mayor".

4.3. Normativa manejada por el TSJ

El Tribunal expone que para determinar si la regulación contenida en el art. 17.3 del Decreto 79/2014 vulnera las normas aducidas por el recurrente es preciso hacer referencia al marco normativo completo que puede afectar a la regulación autonómica cuestionada, a saber, el Derecho Comunitario, el Constitucional y el estatal.

Así las cosas, el TSJ señala que 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. No obstante, el tribunal afirma que la libertad de empresa y su manifestación de libre competencia en el mercado no es absoluta –como cualquier derecho constitucional–, pudiendo encontrarse limitada por la potestad de intervención de la Administración Pública mediante normas que disciplinen razonablemente el mercado (por todas STC [Pleno] núm. 225/1993 de 8 julio, [RTC 1993\225]). Con todo, el TSJ manifiesta que dicha regulación e intervención administrativa habrá de ser respetuosa con las exigencias que se derivan de la normativa comunitaria y con las derivadas de su transposición en España.

En este sentido el tribunal indica que hay que reparar en la regulación contenida en:

- 1.º los artículos 4 y 9 de la Directiva 2006/123/CE, de los que 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;
- 2.º el artículo 39 bis 1 de la Ley 30/1992²⁸ (introducido por el art. 2 de la Ley 25/2009²⁹), el cual dispone 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 y justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen;
- 3.º el art. 3.11 de la Ley 17/2009, que también establece que las razones que motivan la limitación o restricción administrativa en la regulación de la libre competencia en el acceso a las actividades

²⁸ De 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, (RCL 1992\2512).

²⁹ De 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva Comunitaria de Servicios (RCL 2009\2556).

económicas y su ejercicio deben obedecer a razones de interés general, y;

- 4.º el art. 5 de la LGUM, que manifiesta que las Administraciones Públicas que establezcan límites al acceso de una actividad económica motivaran su necesidad en alguna razón imperiosa de interés general, debiendo ser cualquier restricción proporcionada y lo menos restrictiva posible.

4.4. La falta de motivación general del Decreto

Pues bien, lo primero que detecta el tribunal es que en el Decreto impugnado no se contiene una justificación o motivación de la regulación que limita la actividad de prestación de servicios de alojamiento turístico ocasional mediante la oferta de viviendas de uso turístico y que existe una vulneración de la mencionada normativa comunitaria y estatal.

El TSJ hace referencia al contenido de la exposición motivos del Decreto, donde se señala que sería poco efectivo dar la espalda a nuevas tendencias que se han impuesto de forma general en Europa y Estados Unidos como el alojamiento privado con fines turísticos, y que, a petición de asociaciones de 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 propósito a juicio del TSJ "*... 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 (...)*".

Sin embargo, para el TSJ la anterior declaración no representa la justificación por razón de interés público que se exige para establecer limitaciones a la libre competencia.

4.5 Análisis de los objetivos del Decreto

Debido a esa falta de motivación general que revela el TSJ, este analiza si los objetivos que se pueden inferir del contenido del Preámbulo del Decreto pueden sustituir 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.

Según el TSJ se pueden extraer tres objetivos del Preámbulo de la Disposición impugnada que puedan servir como justificación concreta de dichas restricciones. A juicio del tribunal los objetivos son los siguientes:

- 1.º Mitigar los efectos de la inmersión en el ámbito turístico de una sobreoferta descontrolada de viviendas destinadas a uso turístico, estableciendo una 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;

- 2.º Acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal constantemente denunciadas por las asociaciones de alojamiento madrileño, y;
- 3.º Frenar a una oferta que podría estar ejerciendo una actividad opaca a las obligaciones fiscales que son exigibles al resto de establecimientos turísticos.

A continuación, el Tribunal analiza la restricción contenida en el art. 17.3 del Decreto relativa a la limitación temporal de más de cinco días en relación con los objetivos expuestos, con la finalidad de determinar si los mismos están justificados en los términos de la Directiva comunitaria, de la Ley 17/2009 y de la LGUM. Así, manifiesta el TSJ que de las anteriores normas se extraen dos relevantes consecuencias a los efectos que ahora nos ocupan, a saber: (i) 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 (ii) que las limitaciones, autorizaciones o restricciones administrativas concretamente establecidas, han de ser proporcionadas a tal finalidad y necesarias para conseguir la misma.

4.5.1. La limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días no obedece a motivos de interés general, no es proporcionada a la finalidad de la restricción, ni necesaria para lograr el objetivo de la misma

Pues bien, comenzando por el primer aspecto, el TSJ declara que de los tres objetivos principales que extrae del Preámbulo de la Disposición impugnada como justificación de la regulación administrativa únicamente podrían responder a razones de interés general la protección de consumidores u usuarios turísticos y 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 respondan a ninguno de esos motivos de seguridad, orden o salud pública que se establecen como parámetros generales en la limitación, por lo que a juicio del Tribunal resultan excluidos como fines legítimos que justifiquen el interés público general al que debe atender la restricción.

Así pues, el Tribunal mantiene que 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 acreditan por el interés general o público que reportan tales objetivos, sino, también, desde la óptica de su necesidad y proporcionalidad en cuanto que las limitaciones concretas que establecen sean necesarias y proporcionales para alcanzar los fines que estas pretenden, según se desprende de la regulación contenida en la LGUM en su relación con la normativa comunitaria.

En este sentido se pregunta el Tribunal en relación a la necesidad de la medida y a su proporcionalidad si la limitación temporal contenida en el art. 17.3 es adecuada para el fin perseguido y si ésta es la medida menos gravosa para alcanzar tal fin, y siempre en correlación con los dos únicos objetivos que a juicio del TSJ podrían justificar su adopción: protección del consumidor o usuario turístico y opacidad fiscal.

En primer lugar, considera el Tribunal que limitar temporalmente la oferta de viviendas es una restricción que se encuentra totalmente desconectada de la finalidad de evitar la opacidad de las obligaciones fiscales.

En segundo lugar y centrándose ya el TSJ en la protección de los usuarios del servicio, tampoco comprende en que medida podría ser necesaria esta limitación temporal que excluye las estancias inferiores a cinco días. A juicio del Tribunal el rango de protección del consumidor no depende del tiempo de uso -más o menos de cinco días- de la vivienda en cuestión. Incluso asevera el TSJ que si la protección de los usuarios se quiere vincular no ya 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 es entonces 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.

Así, en referencia a la protección de los restantes usuarios del inmueble, tampoco aprecia el TSJ que quede acreditado en qué medida estos 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 a su parecer las mismas aparecen más vinculadas a la propia coexistencia en un mismo inmueble de las dos modalidades de ocupación que al tiempo o duración en que esta se produzca. Además, como afirma el TSJ la protección de los restantes usuarios turísticos del servicio ya se contempla en otros preceptos de la norma como en el artículo 5 del Decreto impugnado, que dispone 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”*. Por tanto, en opinión del Tribunal la finalidad de protección de los restantes usuarios del servicio no parece desprenderse de la limitación de su estancia a periodos mayores de cinco días ya que estos no encuentran mayor protección en sus derechos por el hecho de que se limite su estancia temporal en la vivienda.

Tampoco entiende el Tribunal que sea proporcional la restricción acordada ya que no se demuestra que sea la menos gravosa para el

sector en la consecución del fin al que se afirma que responde. No obstante, para el TSJ lo que sí se desprende de tal limitación es la restricción de la competencia con respecto solo a una modalidad de alojamiento turístico –las viviendas de uso turístico–, acreditándose por el contrario –como se desprende del informe aportado por la Abogacía del Estado basado en la encuesta realizada por el INE 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 ocasiones³⁰. De forma que según el criterio del TSJ al estar la demanda de alojamiento turístico relacionada en mayor medida con 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.

4.5.2. *Ni la voluntariedad de someterse al régimen del Decreto, ni que existan otras normas similares en distintas CCAA y ciudades estadounidenses sirven para sortear la nulidad del art. 17.3*

Por otro lado también reflexiona el Tribunal sobre la voluntariedad de someterse al régimen que regula la norma que se impugna. Para el TSJ que dicho régimen sea opcional para los propietarios de viviendas no significa que la regulación sea conforme a Derecho. En este sentido, el Tribunal se opone al contenido del informe del Director General de Turismo de la Comunidad de Madrid que dice textualmente que "*las viviendas de uso turístico representan una opción para los propietarios, que podrán elegir entre someterse al Decreto 97/14 y en consecuencia explotarlo conforme a un uso turístico, o alquilar su propiedad conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos*". A juicio del Tribunal 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, sino su adecuación por sí misma al Ordenamiento Jurídico con independencia de la elección del particular de acometer o no dicha actividad regulada por el Decreto que se impugna.

A su vez, respecto la comparación que efectúa la demandada con otras regulaciones de varias CCAA diferentes de la de Madrid, el TSJ certifica que carece también de virtualidad porque la regulación cuya conformidad a Derecho se examina en este proceso es la de Madrid y no la de las restantes CCAA, por lo que la diferente regulación que se contenga en las mismas no obsta a los razonamientos realizados por el Tribunal para fundamentar la apreciación de disconformidad con el ordenamiento jurídico.

³⁰ La media de días de estancia de los usuarios de *Airbnb* en España asciende en estos momentos a 4,16 días (*vid. CNMC, op. cit. p.86*).

Por último, en cuanto a la vinculación con la normativa en ciudades como Nueva York o San Francisco, manifiesta el Tribunal que la disconformidad del inciso impugnado es en contraposición a la normativa comunitaria y su transposición a las leyes españolas, por lo que carece de coherencia analizar 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.

En definitiva, y como consecuencia de los razonamientos anteriores el TSJ estima el recurso –parcialmente– en lo que respecta a apreciar la nulidad del primer inciso del art. 17.3 de Decreto 79/2014, el cual reza que las viviendas de uso turístico no podrán cederse por tiempo 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 (...)”*.

5. Sobre la nulidad de los apartados 1 y 5 del artículo 17 del Decreto

No obstante, como indicamos, la estimación del recurso es parcial, ya que Madrid Aloja también impugna los artículos 17.1 y 17.5 del Decreto. El primero establece literalmente que *“(l)os titulares de viviendas de uso turístico presentaran 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”*. Por su parte, el segundo apartado señala que *“(l)a inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuará un 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”*.

5.1. Respecto a la nulidad del artículo 17.1

Sobre la exigencia de visado del colegio respectivo del plano de la vivienda, se considera por la actora que es un requisito contrario a las normas comunitarias y estatales ya citadas a propósito del examen del requisito temporal del art. 17.3, así como al Real Decreto 1000/2010 de 5 de agosto sobre visado colegial obligatorio (RCL 2010\2236)³¹.

Sin embargo, el TSJ considera que en este caso la limitación sí esta justificada ya que obedece a una razón de interés general, esto es, la

³¹ Igualmente, la CNMC (*op. cit.*, p. 95) considera que *“el establecimiento de dicha obligación supone costes administrativos para los propietarios y encarece la actividad. Además, se trata de una disposición contraria tanto a la Ley Ómnibus (Ley 25/2009) como al Real Decreto 1000/2010, donde se limita el número de visados obligatorios a un total de nueve, así como al art. 13 de la Ley de Colegios Profesionales(...)”*.

protección de los consumidores y usuarios del servicio turístico. Entiende el Tribunal que el contenido del art. 17.1 redundaría en beneficio del usuario de la vivienda de uso turístico ya que el hecho de que el propietario disponga de un plano de la vivienda visado por el colegio profesional repercute en una mejora de la transparencia, seguridad y certeza de lo contratado por el mismo.

Por esta razón considera el TSJ que dicha exigencia no puede entenderse contraria a las normas comunitarias y estatales que se han reseñado y que su establecimiento, amparado por las mismas, no es discriminatorio respecto de otras formas de alojamiento ya que la propia diferencia entre los supuestos determina el diferente trato jurídico.

Asimismo, tampoco considera el Tribunal que la limitación contenida en el artículo 17.1 sea contraria a las disposiciones de la ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (LCM 1999/146), en cuanto a que el establecimiento de este trámite se asienta en la protección de un interés público. Por esta misma razón a juicio del TSJ el artículo 17.1 tampoco vulnera la Ley 25/2009 en la modificación que esta opera sobre la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (RCL 1974\346), ni el Real Decreto 1000/2010 sobre Visado Colegial Obligatorio, ya que encuentra respaldo en un interés general como es la protección del usuario del servicio.

5.2. En relación a la nulidad del artículo 17.5

En relación ya con el último apartado impugnado (art. 17.5)³², no considera el Tribunal que el requisito de la inscripción para la publicidad oficial sea contrario a Derecho. En realidad, para el TSJ *"lo regulado en tal precepto no es la exigencia en todo caso de dicha inscripción en el Registro público para la publicidad del servicio, sino, como indica la Administración demandada, el requisito de tal inscripción para la publicidad oficial de la actividad"*. Para el tribunal esta exigencia queda amparada por la protección del usuario del servicio y no entiende que vulnere las leyes comunitarias y estatales que se invocan por la recurrente.

³² La CNMC (*op. cit.*, p. 85) afirma, que *"la exigencia de publicación del número de registro en la publicidad que se realice del alojamiento podría presentarse como una medida que persigue dar una mayor publicidad a la vivienda. Sin embargo, su carácter no voluntario es indicio de que en realidad supone una restricción adicional a la entrada de los operadores, particulares o empresas, a este nuevo mercado (...)".* Es decir, a criterio de la CNMC, *"existe un riesgo cierto de que este requisito se utilice para transformar la inscripción en el registro administrativo de la Comunidad autónoma en una autorización habilitante de inicio de la actividad, perdiendo sus características de mero registro informativo"*. Además, *"al condicionar la publicidad del alojamiento, actividad fundamental para dar a conocer el alojamiento a posibles usuarios, a la inscripción efectiva en un registro, se condiciona de facto el inicio de la actividad a la comunicación por el sector público de su número de inscripción. Este requisito también equivaldría a un régimen de autorización previa de actividad, lo que resultaría contrario a la regulación comunitaria en materia de servicios, tendente a la eliminación de trámites innecesarios, a su transposición a la legislación nacional así como a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado"*.

Finalmente el TSJ estima parcialmente el recurso, por lo que a tenor del art. 139 LRJCA no hace expresa imposición de costas procesales, declarando que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes serán satisfechas por mitad.

Por último, debe apuntarse que esta resolución no es firme y la CA de Madrid puede recurrirla en casación ante la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.