



Roj: **STS 257/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:257**

Id Cendoj: **28079130032019100027**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/01/2019**

Nº de Recurso: **6255/2017**

Nº de Resolución: **25/2019**

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

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2673/2017,**  
**ATS 4971/2018,**  
**STS 257/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 25/2019**

Fecha de sentencia: 15/01/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6255/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6255/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 25/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 15 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 6255/2017, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, contra la sentencia de fecha 5 de julio de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en su recurso contencioso-administrativo nº 117/2015, contra el Decreto del Gobierno de **Canarias** que aprueba el Reglamento de **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**.

Han sido partes recurridas el Ilustre Colegio Territorial de Administradores de Fincas, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Beatriz Ripollés Molowny, bajo la dirección letrada de D. Antonio Aznar Domingo, y la Asociación **Canaria** del Alquiler **Vacacional** (ASCAV), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Sharon Rodríguez de Castro Rincón, bajo la dirección letrada de D. Javier Valentín Peñate.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, con sede en Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 5 de julio de 2017, cuyo fallo literalmente establecía:

"[...] 1 Estimar parcialmente el recurso.

2 Anular los artículos 3.2, 12.1, 13.3 y 5.2 de Reglamento recurrido.

3 Desestimar la demanda en lo demás.

4 Con imposición de costas a la Administración demandada."

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia el Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de **Canarias** presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en auto dictado por el Tribunal de instancia de fecha 21 de noviembre de 2017, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo y remisión de las actuaciones.

**TERCERO.-** La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó auto de fecha 14 de mayo de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

" 1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la letrada de la Comunidad Autónoma de **Canarias** contra la sentencia referenciada en el punto anterior.

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 y 12.1 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que pretenden limitar la oferta turística de **viviendas** ( artículo 3.2) y que exige que las **viviendas vacacionales** sean cedidas en su totalidad al cliente ( artículo 12.1) es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y la eventual contradicción de la previsión contenida en el art. 12.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el art. 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos .

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos."



**CUARTO.-** Admitido el presente recurso de casación, por diligencia de ordenación de 31 de mayo de 2018 se dispuso que, una vez transcurrido el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordaría.

El Letrado del Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma de **Canarias** formalizó la interposición del recurso de casación en escrito de fecha 27 de junio de 2018, alegando bajo la rúbrica "*Normas y jurisprudencia que se considera han sido infringidas*" los siguientes motivos de impugnación:

Primero.- Infracción de los artículos 33.2, 45, 47, 53.1 y 148.1.18ª CE; Art. 30.21 del Estatuto de Autonomía de **Canarias**, aprobado por LO 10/1982, de 10 de agosto; artículos 3, 4, 11 y 12 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por RDL 7/2015, de 30 de octubre; artículos 49, 56, 57, 58 y 59 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de **Canarias**, aprobado por DL 1/2000, de 8 de mayo; artículos 2, 3 y 23 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de **Canarias**, y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, entre otras, SSTs de 26 de febrero de 1976 (Arz 876); 7 de noviembre de 1988 (Arz 8783), así como SSTC nº 37/1987, de 26 de marzo. Función Social y Estatuto Jurídico de la propiedad. Indevida limitación de las potestades y de las políticas públicas de ordenación territorial y de ordenación del turismo.

Segundo.- Infracción de los artículos 9, 14 y 38 CE; artículos 4, 9 y 16 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre; artículos 3 y 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009); art. 5 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en relación con los artículos 26, 32, 38, 57, 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de **Canarias**, y de las Directrices 55, de Ordenación General, y 8, 9, 13 y 18, de Ordenación del Turismo, aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril; y de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, entre otras, las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 209/2015, de 8 de octubre; y STS de 19 de octubre de 2016 (rec. 2625/2015). Principios de Seguridad Jurídica e Igualdad. Libertad de empresa. Limitación por razón imperiosa de interés general.

Tercero.- Infracción de los arts- 9 CE y art. 5.e de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU). Principio de Legalidad.

Terminó el escrito suplicando: "[...] en virtud de lo manifestado, declare haber lugar al recurso de casación interpuesto, case la Sentencia recurrida y, entrando en el fondo, desestime el recurso interpuesto al no incurrir el Decreto y el Reglamento recurrido en instancia en ninguna de las infracciones que se le imputan."

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de fecha 28 de junio de 2018 se acordó entregar copia del escrito de interposición a las partes recurridas, a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al recurso, y en escrito presentado el 29 de julio de 2018, la representación del Ilustre Colegio Territorial de Administradores de Fincas solicitó:

"[...] tenga por interpuesta OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN, deducido de contrario frente a la Sentencia de fecha 5 de julio de 2017 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, en el Procedimiento Ordinario 117/2015, y previos los trámites legales oportunos se dicte Sentencia por ese Tribunal Supremo que acuerde la desestimación del recurso interpuesto de contrario y se pronuncie confirmando el Fallo de la Sentencia recurrida, en el sentido de mantener:

- La anulación de los artículos 3.2, 12.1, 13.3 y 5.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**.

Y todo ello con expresa imposición de las costas causas en esta instancia a la parte recurrente, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de **Canarias**.

Con todo lo demás que resulte procedente en Derecho."

La representación de la Asociación **Canaria** del Alquiler **Vacacional** presentó escrito en fecha 5 de septiembre de 2018 y solicitó:

"[...] tenga por opuesto a esta parte al recurso de casación interpuesto por la Administración demandada, y dicte sentencia desestimando el recurso e imponiendo las costas al recurrente."

**SEXTO.-** De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, mediante providencia de fecha 27 de septiembre de 2018, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de fecha 18 de octubre de 2018 se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de diciembre de 2018,

fecha en que comenzó, continuando la misma hasta el día 18 de diciembre de 2018, en deliberación conjunta con el recurso de casación nº 3760/2017.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Objeto del recurso y delimitación de las cuestiones controvertidas* .

La Asociación **Canaria** del Alquiler **Vacacional** impugnó ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, sede Santa Cruz de Tenerife, distintos preceptos del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**.

Tramitado el recurso, la Sala de instancia lo estimó en parte por sentencia de 5 de julio de 2017 , anulando los artículos 3.2, 12.1 y 13.3 y 5.2 y desestimó el recurso en cuanto a lo demás.

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

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

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

Prescindiremos aquí de cualquier referencia al resto de los preceptos impugnados en su momento por la Asociación **Canaria** del Alquiler **Vacacional** y que la Sala *a quo* rechazó, así como del artículo 13.3 por cuanto, una vez anulado, el Gobierno de **Canarias** se aquietó con dicha anulación y no impugnó en este punto la sentencia.

Para facilitar el examen del recurso adelantamos el tenor literal de los artículos 3.2 y el subapartado 3 del apartado IV del Anexo II, así como el artículo 12.1 del Decreto 113/2015 :

"Artículo 3.- Ámbito de aplicación.

(...)

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

"Apartado IV.- Extremos que ha de contener la Declaración Responsable para el inicio de la actividad. Anexo II.

(...)

3.- Que la **vivienda** no se encuentra en zona turística, urbanización turística o en urbanización mixta residencial turística, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de **Canarias**."

"Artículo 12.- Régimen de explotación.

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

(...)"

Dice la sentencia, con especial hincapié en lo que a este recurso interesa, en sus Fundamentos de Derecho:

"PRIMERO.- La presente impugnación del Reglamento recurrido, promovida en virtud del acuerdo adoptado por la asamblea general extraordinaria de la entidad recurrente, coincide sustancialmente con la efectuada en el *recurso 94/15 cuya sentencia de 21 de marzo de 2017* tenía por objeto la declaración de nulidad del artículo 3.1, segundo inciso, cuando se refiere a las **viviendas** "edificadas de acuerdo a la normativa urbanística y a las determinaciones del planeamiento sobre usos del suelo y la edificación, cuenten con las preceptivas licencias y autorizaciones exigibles", artículo 3.2, artículo 4, segundo inciso, "y el resto de normas sectoriales que les sean de aplicación, especialmente las de seguridad, salubridad, urbanísticas, técnicas, habitabilidad y accesibilidad y, en general, la de actividades clasificadas" y el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 en cuanto se refiere a la declaración que la **vivienda** no se encuentra en los ámbitos aludidos en el *artículo 3.2, todos ellos del decreto 113/2015, de 22 de mayo*, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**.

A dicho recurso se acumuló el recurso promovido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- nº 129/2015- donde se formalizó demanda con la petición de anulación de los *artículos 2, 3.2, 6, 7, 9, 10, 12 y 13 del Decreto 113/2015*.

Por esta sentencia ya hemos anulado los *artículos 3.2, 12.1 y 13.3, en cuanto subordina la entrega de documentación necesaria para el inicio de la actividad a la inscripción en un registro, y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo*, con imposición de las costas a la administración demandada.

Recurrida en casación dicha sentencia, hemos de reproducir sus fundamentos a los efectos del presente recurso:

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

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

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

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

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

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

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

mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.

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

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

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

El fundamento séptimo: La impugnación del artículo 13.3 (*declaración responsable de inicio de la actividad*) debe prosperar por infracción del artículo 71 bis de la Ley 30/1992, en cuanto que priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación.

El precepto dispone que la entrega a la explotadora de la **vivienda** de hojas de reclamaciones, placa-distintivo y libro de inspección solo se efectuará transcurridos quince días hábiles, plazo dentro del cual el Cabildo Insular debe inscribir "la información sobre la actividad de explotación de la **vivienda vacacional** en el Registro General Turístico de la Comunidad Autónoma de **Canarias**". Como el inicio de la actividad sin la referida documentación es motivo de sanción, de facto esta regulación está desnaturalizando los efectos de la declaración responsable y sometiendo el inicio de la actividad a un control administrativo previo.

SEGUNDO.- También se impugna el artículo 5.2.a) por el que "queda prohibido, en todo caso, a los usuarios: a) destinar la **vivienda vacacional** a fines que no sean los propiamente turísticos para los que se contrató.

Se alega la vulneración del artículo 33.1 CE "al limitar el ejercicio al derecho a la propiedad privada en ese bien inmueble que es precisamente eso, una **vivienda**".

Interpretando este motivo de impugnación, parece que tiene duda el recurrente sobre si la prohibición del 5.2.a) dirigida al usuario incluye también al propietario al incluir la expresión "en todo caso". Es decir, que la limitación al derecho de propiedad consiste en que la **vivienda** ha de dedicarse exclusivamente a la actividad turística y que no se puede utilizar con otro fin por el propietario.

Más bien parece que la prohibición se impone exclusivamente al turista y ha de cumplirla "en todo caso" sin excepción alguna. Pero no se determina la repercusión que el incumplimiento del deber impuesto exclusivamente al turista pueda tener sobre el derecho del propietario al arrendamiento turístico.

Consideramos nulo el artículo 5.2 en su apartado a) y también los restantes apartados en cuanto se limitan a recordar al turista el deber de hacer un uso civilizado de la **vivienda vacacional**.

La Ley de turismo de **Canarias** no regula la actividad del turista ni habilita al Reglamento para imponer deberes al turista pues según su exposición de motivos la habilitación se limita a determinar "qué tipo de establecimientos deben entenderse comprendidos dentro de cada una de las modalidades" hotelera y extrahotelera (de conformidad con el artículo 32.3 de Ley de Turismo) por más que las prohibiciones que se anulan tengan fundamento en las normas que precisamente invoca la entidad recurrente sobre la base del artículo 33 CE.

Aunque el precepto reglamentario cuestionado no imponga nuevas limitaciones al derecho de propiedad, ya implícitas en su normal contenido y en lo pactado en el contrato en función de la previa declaración responsable presentada ante la Administración turística, ésta ha de velar por los intereses generales afectados por la actividad turística pero dentro de su cometido no se incluye la regulación directa de la conducta de los turistas para lo cual no ha sido expresamente habilitada por la Ley del Turismo de **Canarias** donde únicamente se establecen derechos del turista y ningún deber.

TERCERO.- Las quejas sobre la indeterminación de la legislación sectorial a la que se remite el reglamento en varios de sus preceptos (artículo 3.1 y artículo 4) hemos dicho en el fundamento cuarto: <<no son merecedoras de nuestro amparo. Se trata de meras cláusulas de estilo. No es necesario que el reglamento contenga una suerte de dictamen sobre la legislación sectorial aplicable. La redacción puede que sea farragosa en ocasiones, pero no determinante de la nulidad de los preceptos citados>>.

Se alega en el presente recurso que el artículo 3.1 "omite cualquier tratamiento de edificaciones en situación de fuera de ordenación, argumentación que no puede prosperar porque la no regulación de cuestiones



urbanísticas no implica la ilegalidad de la remisión a la normativa urbanística donde están reguladas. La legislación será aplicable en virtud de lo dispuesto en la misma al margen de la remisión general hecha por la disposición reglamentaria que es impugnada sin concretar la argumentación impugnatoria.

CUARTO.- También se desestiman en la *sentencia de 21 de marzo de 2017* las impugnaciones de otros artículos con los siguientes fundamentos:

<<Igual suerte debe correr la impugnación del artículo 6 (*placa-distintivo*), que impone una obligación ya prevista en la Ley de Turismo de **Canarias**; y artículo 7 (información y publicidad) porque la obligación de poner a disposición del usuario determinada información sobre el régimen jurídico de las **viviendas vacacionales** no supone una traba al libre ejercicio de la actividad. En el artículo 9 (*requisitos funcionales*) no se contiene otra cosa sino una remisión al decreto 117/2006, de 1 de agosto, por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las **viviendas**>>.

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

Se añade en el suplico de la presente demanda la petición de anulación del artículo 8 sobre condiciones de uso (conservación y limpieza) y requisitos de seguridad ciudadana pero no se advierte su concreta impugnación dentro de ninguna de las dos partes en que se ha dividido la demanda para exponer los motivos de impugnación del Reglamento recurrido acerca de porqué se excede el Reglamento al referirse al adecuado estado de conservación y limpieza o al cumplimiento de "la normativa vigente en materia de protección de la seguridad ciudadana y demás disposiciones aplicables".

QUINTO.- No ha de prosperar la impugnación del artículo 17 sobre inspección y régimen sancionador.

Debería razonarse porqué el alquiler **vacacional**, cuya calificación turística no está impugnada, ha de ser excluida del régimen sancionador previsto en la Ley de Turismo a fin de proteger a los usuarios de este tipo de servicio turístico prestado en la modalidad extrahotelera, tampoco impugnada, que ha de cumplir la Ley de Turismo igual que los restantes alojamientos turísticos con los debidos apercibimientos para el caso de incumplimiento.

Cuestión distinta será que alguno de sus preceptos sancionadores pudiera no ser aplicable a esta modalidad turística pero ésta no ha sido la cuestión planteada.

SEXTO.- Y finalmente, sobre la inclusión del Impuesto General Indirecto (IGIC) en el precio, se alega la vulneración del artículo 4 de la Ley 20/91 por no exceptuarse los arrendamientos hechos por particulares de su **vivienda** para la obtención de una renta pero sin realizar una actividad empresarial o profesional en cuyo caso, a juicio de la entidad recurrente, el Reglamento ha debido excluir expresamente el IGIC.

Este motivo tampoco puede prosperar. El Reglamento se limita a recordar la obligatoriedad de pagar el IGIC con carácter general sin regular este impuesto cuyo pago será obligado según lo que se haya dispuesto por la Ley que lo regula. De ahí la omisión de petición alguna en el suplico de la demanda sobre esta crítica a la generalidad del términos reglamentarios. Las dudas interpretativas que tiene la entidad recurrente han de ser resueltas con la Ley tributaria que es la habilitante del impuesto.

Parece ser que la finalidad del precepto es recordar el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias pues es justamente uno de los objetivos de reglamentar el alquiler **vacacional** es evitar el fraude tributario y la competencia desleal que el crecimiento, propiciado por internet, de esta actividad económica puede generar por la falta una regulación legal clara y expresa de estas estancias turísticas cuya problemática real, tras la derogación por Real Decreto 39/10 del Real Decreto 2877/82 (sobre apartamentos turísticos y **vivienda turística vacacional**), no ha sido afrontada por la Ley desarrollando normas constitucionales y europeas con rango superior que limitan al legislador."

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

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

(i) En primer lugar, que el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias** (que excluye del ámbito de aplicación

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

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

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

#### **TERCERO.- La cuestión que reviste interés casacional.**

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

El interés casacional objetivo consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 3.2 y 12.1 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que pretenden limitar la oferta turística de **viviendas** ( artículo 3.2) y que exige que las **viviendas vacacionales** sean cedidas en su totalidad al cliente ( artículo 12.1) es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Y la eventual contradicción de la previsión contenida en el artículo 12.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el artículo 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

#### **CUARTO.- La cuestión relativa al artículo 3.2 del Decreto 113/2015 .**

En sentencia del pasado 12 de diciembre de 2018 -recurso de casación nº 4959/2017 - dictada después de la vista conjunta con la del recurso de casación nº 3760/2017 y del presente recurso de casación nº 6255/2017 y ante idénticas alegaciones del letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de **Canarias**- sobre la anulación del artículo 3.2, hemos dicho:

"PRIMERO.- (...) El Tribunal de instancia fundamenta la decisión de estimar el recurso contencioso-administrativo y declarar la nulidad del artículo 3.2 y del subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

(...)

El recurso de casación se fundamenta, en primer término, en la infracción de los artículos 33.2, 45, 47, 53.1 y 148.1.18ª de la Constitución española, así como del artículo 30.21 del Estatuto de Autonomía de **Canarias**, aprobado por Ley orgánica 10/1982, de 10 de agosto, los artículos 3, 4, 11 y 12 del Texto Refundido de la



Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana , aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre; los artículos 49 , 56 , 57 , 58 y 59 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de **Canarias** , aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo; los artículos 2 , 3 y 23 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo , de renovación y modernización turística de **Canarias**.

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

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

En segundo término, se citan como normas infringidas los artículos 9 , 14 y 38 de la Constitución española , los artículos 4 , 9 y 16 de la Directiva 2006/123/CE , de 12 de diciembre, los artículos 3 y 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado , en relación con los artículos 26 , 32 , 38 , 57 , 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de **Canarias** , y de las Directrices 55, de Ordenación General, y 8, 9, 13 y 18, de Ordenación del Turismo, aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril.

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

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

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

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

Y la cuestión, idéntica a la ahora planteada por el Gobierno de **Canarias**, se resolvió así:

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

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

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

Concretamente, según se expone en el auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2018 , la controversia jurídica que se suscita, que



presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar si una regulación como la contemplada por el artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que pretenden limitar la oferta turística de **viviendas** es o no contraria a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y si resulta proporcionada y está suficientemente justificada su necesidad por la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

A tal efecto, resulta pertinente poner de relieve que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión comporta resolver si, tal como propugna el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de **Canarias**, debe revocarse el pronunciamiento de la sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de **Canarias**, por no tomar en consideración que la reglamentación de las **viviendas vacacionales** de **Canarias**, que excluye de su ámbito de aplicación las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentran dentro de las zonas turísticas o urbanizaciones turísticas, tiene por objeto preservar los usos y destino de aquellos suelos calificados de estratégicos por su ubicación en zonas turísticas, está plenamente justificada por basarse en motivos relacionados con la aplicación de normas reguladoras de la ordenación del territorio y urbanísticas, que constituyen razones imperiosas de interés general a la luz de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

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

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

Una vez delimitada la controversia casacional, procede transcribir el contenido del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, cuya nulidad ha sido declarada en la sentencia impugnada por contravenir "claramente" la libertad de empresa ( artículo 38 CE ) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE):

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

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

"Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. (...) Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica"

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

"11. "Razón imperiosa de interés general": razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

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

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

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

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

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

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

Una normativa como la controvertida en este proceso casacional, en que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que dispone que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las **viviendas** ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de **Canarias**, en cuyo procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que justifique las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar **viviendas vacacionales** en zonas turísticas, ni que ellas se puedan inferir de forma directa del contexto jurídico-económico en que se inserta la disposición reglamentaria, resulta incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la medida que resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios.

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



apartado IV del Anexo 2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**".

Los mismos razonamientos son estrictamente aplicables en el presente recurso de casación nº 6255/2017 y, en consecuencia, este motivo de casación debe ser rechazado.

**QUINTO.- La cuestión relativa al artículo 12.1 del Decreto 113/2015 .**

**A) La disposición impugnada.**

El artículo 12.1 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, establece:

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

Y se justifica así en la Exposición de Motivos:

"Posteriormente, las Cortes Generales aprobaron la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de **viviendas**, que en su artículo primero, apartado 2, añade una letra e) al artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre , de Arrendamientos Urbanos, por la que queda excluida del ámbito de aplicación de la citada Ley, "la cesión temporal de uso de la totalidad de una **vivienda** amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

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

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

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

**C) El recurso del Gobierno de Canarias.**

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

A juicio del Letrado del Gobierno de **Canarias**, la prohibición de la cesión por habitaciones viene establecida por la legislación estatal, en particular, en la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994 (LAU), añadido por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de **viviendas**, al disponer: "la cesión temporal de uso de la totalidad de una **vivienda** amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

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

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

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



#### D) La oposición del Colegio Territorial de Administradores de Fincas y de la ASCAV.

A ese planteamiento de la Administración recurrente se oponen el Colegio Territorial de Administradores de Fincas y la ASCAV.

El primero de ellos, el Colegio Territorial de Administradores de Fincas, señala, en esencia, que este Reglamento, ha sido correctamente anulado en sus artículos 3.2, 12.1, 13.3 y 5.2 por la sentencia recurrida, infringe esta norma en cuanto ataca la igualdad de las condiciones básica de ejercicio de la actividad económica excluyendo del subsector del alquiler **vacacional**, sin motivación alguna ni razón de interés general, a los situados en zonas turísticas.

Por su parte, la ASCAV, también en síntesis, alega que el artículo anulado infringe el derecho a la libertad de empresa, y que no existe una sola línea en el contenido del Decreto dedicado a justificar la exclusión de la **vivienda** sita en suelo turístico ni, por ende, las razones de interés general que demanda su exclusión. Este deber de motivación estaba contenido en el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, RJPAC -de aplicación al momento de aprobación del Reglamento-.

#### E) La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de **viviendas**, estableció en su Exposición de Motivos para justificar la nueva exclusión del apartado e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, lo siguiente:

"Por último, en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación".

De manera que la redacción de la Ley 29/1994, en este extremo, quedó establecida en los siguientes términos:

"Artículo 5. Arrendamientos excluidos.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

(...)

e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una **vivienda** amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial".

#### F) La decisión de la Sala sobre la cuestión suscitada: confirmación de la sentencia impugnada en este extremo.

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

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

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

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



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

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

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

Tampoco esta argumentación puede ser acogida por la Sala.

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

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

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

Por ello, tras citar la STJUE de 30 de enero de 2018 (asuntos C-360/15 y C-31/16), declaramos que "Una normativa como la controvertida en este proceso casacional, en que se enjuicia la conformidad a Derecho del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias**, que dispone que quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de este Reglamento, las edificaciones ubicadas en suelos turísticos que se encuentren dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas, así como las **viviendas** ubicadas en urbanizaciones turísticas o en urbanizaciones mixtas residenciales turísticas, conforme a las definiciones establecidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de **Canarias**, en cuyo procedimiento de elaboración no se explicita ninguna razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que justifique las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar **viviendas vacacionales** en zonas turísticas, ni que ellas se puedan inferir de forma directa del contexto jurídico-económico en que se inserta la disposición reglamentaria, resulta incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en la medida que resulta inexcusable que se motiven de forma congruente y razonable las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios".

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

(ii) Adicionalmente, cabe añadir que si, conforme a lo razonado, no se aprecia en este caso la concurrencia de razones de interés general que pudieran justificar la prohibición de alquilar **viviendas vacacionales** en zonas de



uso residencial, esta conclusión -por lógica- debe ser predicable tanto del alquiler de la totalidad de la **vivienda vacacional** como del alquiler por habitaciones.

(iii) Y, en línea con lo expuesto, tampoco podemos acoger la alegación de la recurrente referida a la concurrencia de razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, fundada en que la coexistencia en un mismo edificio de **viviendas** residenciales y de **viviendas vacacionales** "perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes".

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

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

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

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser rechazado.

#### **SEXTO.- Fijación de la doctrina jurisprudencial.**

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

- 1) El artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de **viviendas vacacionales** de la Comunidad Autónoma de **Canarias** es incompatible con las exigencias de necesidad y proporcionalidad a que alude el artículo 5 de la Ley 20/2013, de Garantía de la unidad de mercado, en la medida en que, pese a resultar de inexcusable observancia la obligación de motivar de forma congruente y razonable la procedencia de las limitaciones o restricciones que se impongan a la libre prestación de servicios, sin embargo:
  - (i) no consta que se haya explicitado en el procedimiento de elaboración de aquella norma ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que pudiera justificar las restricciones impuestas al ejercicio de la actividad económica consistente en ofertar **viviendas vacacionales** en zonas turísticas; y (ii) tampoco cabe inferir -de forma directa- la concurrencia de tales razones del contexto jurídico-económico en que se inserta la citada disposición reglamentaria.
- 2) Por las mismas razones, resulta incompatible la limitación establecida en el artículo 12.1 que impone la cesión íntegra a una única persona, prohibiendo la cesión por habitaciones e impidiendo el uso compartido.
- 3) Además, anular esta limitación de la cesión por habitaciones no contradice la previsión del artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de 9 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

#### **SÉPTIMO.- Conclusión y costas.**

En consecuencia, la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada al presente caso nos conduce a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de **Canarias**.

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

### **FALLO**

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

**Primero.-** No haber lugar al recurso de casación nº 6255/2017 interpuesto por la Comunidad Autónoma de **Canarias** contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal



Superior de Justicia de **Canarias**, con sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 5 de julio de 2017, dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 117/2015 y, en consecuencia, confirmar la sentencia objeto de este recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

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

D. Eduardo Calvo Rojas D.<sup>a</sup> Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso D. Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJDOJ