



Roj: **ATS 10906/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:10906A**

Id Cendoj: **28079130012018201807**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/10/2018**

Nº de Recurso: **4124/2018**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 661/2018,**  
**ATS 10906/2018**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**AUTO**

Fecha del auto: 15/10/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4124/2018

Materia: COM NACI DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4124/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose María del Riego Valledor

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**AUTO**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis María Díez-Picazo Gimenez, presidente



D. Rafael Fernandez Valverde

D<sup>a</sup>. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

## HECHOS

**PRIMERO.-** La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) interpuso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 12/2017, de 26 de enero, del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, impugnando, en concreto, los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.6, 9.1, 12, 14 a 26, 30 a 32, 40, y 41 a 43 del indicado Decreto.

Tramitado el recurso con el n.º 231/2017, la Sala de instancia lo desestimó íntegramente mediante sentencia de 14 de febrero de 2018, en base a los siguientes argumentos:

En lo que se refiere al artículo 4.2 y 5.1 del Decreto, relativos a la limitación del alquiler de habitaciones en las viviendas turísticas y en las viviendas de uso turístico, por considerar que la exigencia de la cesión completa de la vivienda viene exigida por el artículo 65.2 de la Ley 7/2011, de Turismo de Galicia, por lo que los preceptos impugnados se ajustan a una previa previsión legal.

En lo que respecta al artículo 5.2 del Decreto, que se refiere a la limitación de la conceptualización de las viviendas de uso turístico en función de la temporalidad de la cesión, considera igualmente la Sala de instancia que tal conceptualización viene determinada por el artículo 65 bis de la ley 7/2011, de Turismo de Galicia.

A continuación, se refiere la Sala al artículo 5.4 del Decreto, donde se recoge la exigencia de la previa declaración responsable al inicio de la actividad, y desestima la impugnación al considerar igualmente que se trata de concreciones de predeterminaciones contenidas en la Ley 7/2011, de Turismo de Galicia.

En cuanto al artículo 5.6 del Decreto, donde se recoge la posibilidad de la limitación del número máximo de viviendas de uso turístico por los Ayuntamientos, considera la Sala de instancia que el precepto no infringe la libertad de empresa, sino que impone límites que entran dentro del marco de protección de un interés general que ha de prevalecer, conforme con el artículo 39 bis de la Ley 30/92.

Seguidamente, se pronuncia la Sala en relación con el artículo 9.1 del Decreto, referido a la limitación del periodo de alojamiento continuado a tres meses, y señala que el plazo elegido para determinar la temporalidad lo considera neutral y ponderado, al reproducir la previsión contenida en el anterior Decreto 52/2011.

En lo que se refiere a la regulación que se contiene en los artículos 15 a 22 y 23 a 26 del Decreto, relativos, respectivamente, a los apartamentos y a las viviendas turísticas, en cuanto a sus exigencias y requisitos, la Sala desestima la impugnación al considerar que ninguna de las condiciones exigidas a los apartamentos resulta desproporcionada, sino que inciden en las condiciones que han de reunir para posibilitar ese uso, por lo que no pueden entenderse como desproporcionadas.

A continuación, la Sala desestimó la impugnación del artículo 30 del Decreto, que se refiere a la obligación de prestación de una declaración responsable, por cuanto tal declaración habilita para el ejercicio de la actividad.

En cuanto a los artículos 39 y siguientes del Decreto, que recogen las exigencias de las viviendas de uso turístico, desestima la Sala la impugnación al considerar que las mismas están previstas en la Ley 7/2011, de Turismo de Galicia, y respecto de determinados servicios, al considerar que no pueden considerarse como impositivos del ejercicio de actividad alguna y sí justificados por la protección de los consumidores y usuarios.

Al referirse a la acreditación de la legalidad urbanística, regulada en el artículo 41.2.e) y 4 del Decreto, argumenta la Sala de instancia que el precepto ofrece alternativas para acreditar las condiciones de la vivienda para destinarla al uso turístico, por lo que, aunque careciera de licencia de primera ocupación o cédula de habitabilidad, siempre sería posible aportar un certificado municipal en relación a las condiciones para su utilización como vivienda.

En cuanto a la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación sectorial o la Comunidad de vecinos, recogida en el artículo 41.5 del Decreto, la Sala desestima su impugnación al considerar que el interés general



demanda que el destino turístico de los pisos no perjudique ni el interés que la ordenación sectorial de los usos comporta ni incomoden a los propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal que hayan adoptado el acuerdo correspondiente.

En lo referente al artículo 12 del Decreto, que regula la necesidad de identificación de la vivienda y apartamento turístico, mediante una placa identificativa que se habrá de exhibir en la parte exterior de la vivienda principal, señala la Sala que dicha exigencia viene establecida por el artículo 20 del Decreto 52/2011, que no ha sido objeto de impugnación.

Por último, en cuanto al artículo 40 del Decreto, que regula determinadas normas relativas al régimen de funcionamiento, señala la Sala que tales disposiciones tratan de buscar el equilibrio entre el acceso a la actividad económica remunerada y la necesaria protección y tutela que el usuario merece.

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes personadas, el Abogado del Estado, obrando en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, ha preparado recurso de casación.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado apunta en su escrito de preparación, elaborado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89 LJCA en la redacción dada por la L.O. 7/2015 de 21 de julio, que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 38 de la Constitución, 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado y 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como el artículo 5 e) de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, añadido por la Ley 4/2013 respecto de los artículos 4.2 y 5.1 del Decreto impugnado.

Alega, en síntesis, que la regulación impugnada introduce barreras injustificadas que restringen la competencia y libre prestación de servicios, sin que las mismas estén basadas en razones de imperioso interés general que no existen ni se acreditan y que, además, introducen restricciones no necesarias y desproporcionadas que causan grave perjuicio a la libertad de empresa y libre prestación de servicios.

Por lo que atañe a la justificación del interés objetivo casacional, se sostiene por el Abogado del Estado la concurrencia de los supuestos de interés casacional previstos en los apartados b), c) y g) del artículo 88. 2 LJCA, así como la concurrencia de las presunciones establecidas en el artículo 88. 3 a) y e) LJCA.

Por lo que respecta al supuesto previsto en el art. 88.2.b) LJCA, se mantiene en el escrito de preparación que la sentencia impugnada sienta una doctrina que resulta gravemente dañosa para el interés general, al legitimar una regulación que obstaculiza la competencia efectiva en el mercado.

Se razona, asimismo, la concurrencia del supuesto de interés casacional contemplado en el apartado c) del artículo 88. 2 LJCA, pues la fundamentación jurídica en que se basa la sentencia afecta a un gran número de situaciones, por trascender del caso objeto del proceso y poder ejecutarse sobre múltiples actos con impacto en la competencia y en la libre prestación de servicios, que puede trascender del territorio de una concreta Comunidad Autónoma.

Finalmente, se aduce la concurrencia de las presunciones de los apartados a) y e) del artículo 88. 3 LJCA. Del apartado a) por considerar que no existe jurisprudencia sobre las normas en las que se sustenta la razón de decidir, y del apartado e) por resolverse un recurso promovido contra una disposición general aprobada por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia.

**CUARTO.-** Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto teniendo por debidamente preparado el recurso de casación con fecha 8 de junio de 2018, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la Administración recurrente se ha personado en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo.

Se ha personado asimismo ante este Tribunal Supremo, la Letrada de la Xunta de Galicia, en representación de la Axencia Turismo de Galicia.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, .

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Como ha quedado expuesto en los hechos de esta resolución, contra la sentencia de 14 de febrero de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso n.º 231/17, se ha preparado recurso de casación por el Abogado del Estado.

**SEGUNDO.-** El escrito de preparación del Abogado del Estado cumple suficientemente con los requisitos que el artículo 89.2 LJCA exige al escrito de preparación, y nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso



desde esta perspectiva, por lo que procede determinar ahora si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia.

La sentencia impugnada desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por las razones más arriba expuestas.

El Abogado del Estado rechaza el pronunciamiento y argumentación del órgano de instancia, alegando, en síntesis, que la regulación impugnada introduce barreras injustificadas que restringen la competencia y libre prestación de servicios, sin que las mismas estén basadas en razones de imperioso interés general que ni existen ni se acreditan y que, además, introducen restricciones no necesarias y desproporcionadas que causan grave perjuicio a la libertad de empresa y libre prestación de servicios, con infracción de los artículos 38 CE, 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado y 3.11 de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como el artículo 5.e) de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos.

**TERCERO.**- Planteadas las cuestiones jurídicas en estos términos, debemos adelantar ya que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tal y como ya hemos puesto de manifiesto, entre otros, en autos de 21 de diciembre de 2017 (recurso número 3760/2017) y de 5 de marzo de 2018 (recurso número 4960/2017), en los que suscitaban similares cuestiones a las que aquí se ventilan.

Y ello, al igual que señalábamos en las resoluciones referidas, porque las previsiones cuestionadas regulan el sector de viviendas y apartamentos turísticos 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, a saber: concurren la presunción de interés casacional establecida por la letra e) del apartado 3 del artículo 88 de la LJCA, al provenir el Decreto impugnado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, concurre, asimismo, la presunción de la letra a) del mismo apartado y artículo, al no constar jurisprudencia relativa a la interpretación de las normas citadas como infringidas por el Abogado del Estado, además, la sentencia ha resuelto un recurso en el que se impugnó directamente una disposición de carácter general, por lo que también concurre el supuesto de interés casacional de la letra g) del apartado 2 del artículo 88 de la LJCA, y finalmente, la cuestión litigiosa afecta a un gran número de situaciones que trascienden del caso concreto, supuesto del artículo 88.2.c) de la LJCA.

**CUARTO.**- Apreciada en las cuestiones planteadas la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, y en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 90.4 LJCA, declaramos que el interés casacional objetivo consiste en determinar si una regulación como la contemplada por los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.6, 9.1, 12, 14 a 26, 30 a 32, 40, y 41 a 43 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, del Consello de Gobierno de la Xunta de Galicia, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, es o no contraria a lo establecido por el artículo 38 de la Constitución española; 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 los artículos 4.2 y 5.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el art. 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

**QUINTO.**- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**SEXTO.**- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este Auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

**acuerda:**



1.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado, en representación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 14 de febrero de 2018, dictada en el procedimiento ordinario número 231/2017.

2.º) 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 4.2, 5.1, 5.2, 5.6, 9.1, 12, 14 a 26, 30 a 32, 40, y 41 a 43 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, es o no contraria a lo establecido por el artículo 38 de la Constitución española, por el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, 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 sobre la eventual contradicción de la previsión contenida en los artículos 4.2 y 5.1 de dicho Decreto con lo dispuesto en el art. 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 4.2, 5.1, 5.2, 5.6, 9.1, 12, 14 a 26, 30 a 32, 40, y 41 a 43 del Decreto 12/2017, de 26 de enero, del Consello de Goberno de la Xunta de Galicia, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 38 de la Constitución española, el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, 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 el artículo 5.e) de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos.

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.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D.Rafael Fernandez Valverde

Dª. Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor Dª.Ines Huerta Garicano