



Roj: STSJ M 4219/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:4219
Id Cendoj: 28079330082016100142
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 1165/2014
Nº de Resolución: 292/2016
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA DE LOS DESAMPARADOS GUILLO SANCHEZ-GALIANO
Tipo de Resolución: Sentencia

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Octava
C/ General Castaños, 1, Planta 1 - 28004
33009750

NIG: 28.079.00.3-2014/0023238

Procedimiento Ordinario 1165/2014 O - 01

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN OCTAVA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 1165/2014

IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIÓN GENERAL

SENTENCIA Nº 292/2016

Ilmos. Sres.:

Presidente

Dª Teresa Delgado Velasco

Magistrados

Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano

Doña Emilia Teresa Díaz Fernández

Don Rafael Botella García Lastra

Doña María Jesús Vegas Torres

D. Francisco Javier González Gragera

En la Villa de Madrid, a 31 de mayo de 2016.

Vistos por la Sala constituida por los miembros referenciados al margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1165/14, interpuesto por la Asociación Madrid Aloja, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17 1. 3 . y 5 del mencionado Decreto. Ha sido parte la Administración demandada, Comunidad Autónoma de Madrid, representada y defendida por su Servicio Jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Asociación Madrid Aloja, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo se interpuso el presente recurso en fecha 30 de octubre de 2014, contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid y, después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda en fecha 23 de marzo de 2015, que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y concluyó con la súplica de que, en su día y previos los trámites legales, se dicte sentencia: "...por la que se estimen las pretensiones de mis mandantes y así se declare nulo el último inciso del artículo 17.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, conforme al cual el plano del que ha de disponerse firmado por técnico competente debe visarse por el colegio profesional correspondiente; se declare nulo el primer inciso del artículo 17.3 del citado Decreto, conforme al cual las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días o, subsidiariamente, sea anulado el citado inciso por incurrir en desviación de poder; y se declare nulo el artículo 17.5 del citado Decreto, conforme al cual se exige la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la dirección General competente en materia de turismo, con condena en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO.- Dado traslado de la demanda a la Administración autonómica demandada, para su contestación, lo hizo en fecha 26 de marzo de 2015, admitiendo los hechos de la misma, en cuanto se deducen del expediente y documentación aportada, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la desestimación de la demanda formulada declarando ajustado a Derecho el precepto impugnado y condenado en costas a la recurrente.

TERCERO.- El proceso se tramitó con el resultado que es de ver en autos. Mediante diligencia de ordenación de fecha 9 de abril se dictó Decreto de cuantía fijándose la misma como indeterminada. En esa misma fecha se recibió el pleito a prueba acordando la práctica de las admitidas e inadmitiéndose la pericial propuesta. Presentadas conclusiones escritas, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 6 de abril del año en curso, fecha en que se dictó proveído haciendo constar que al no haberse citado a la Presidenta de la Sala a deliberación y votación tratándose de impugnación de Disposición General en que es preceptiva su participación en la deliberación, se señalaba de nuevo la fecha del 13 de abril siguiente, fecha en que comenzó la misma finalizando el siguiente día 20 de abril pasado.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Amparo Guilló Sánchez Galiano, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación Madrid Aloja, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo interpone el presente recurso contra la Disposición General ya reseñada en el encabezamiento de la presente resolución, Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, norma dictada al amparo de la Ley 1/1989, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, que enumera las modalidades de alojamiento turístico, ofreciendo la posibilidad de incluir en dicha enumeración la regulación de "cualquier otra reglamentación que se determine" siendo tal reglamentación el Decreto autonómico objeto del presente proceso. Dirige su recurso la actora concretamente contra la regulación contenida en el art. 17. del referido Decreto en sus apartados 1 3 y 5 en el inciso específico que limita temporalmente el arrendamiento de las viviendas de uso turístico, concretamente el último inciso del artículo 17.1 del Decreto 79/2014, de 10 de julio, conforme al cual el plano del que ha de disponerse firmado por técnico competente debe visarse por el colegio profesional correspondiente; el primer inciso del artículo 17.3 del citado Decreto, conforme al cual las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días y asimismo artículo 17.5 del citado Decreto, conforme al cual se exige la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la dirección General competente en materia de turismo.

Pues bien, de los tres incisos impugnados del Decreto 79/2014, uno de ellos, el referente a la limitación temporal por menos de cinco días que se establece en el art. 17.3 in fine, coincide con el objeto del recurso seguido también en esta misma Sección con el número 65/2015 interpuesto por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y sobre el que ha recaído Sentencia de esta misma fecha por la que se estima el recurso y se declara nulo el inciso del precepto de la Disposición General impugnada. Obviamente, sobre tal inciso esta Sala se remite a los razonamientos de la mencionada resolución que a continuación se reproduce y que determinan en este caso también la estimación de dicha impugnación.

Dijimos allí y ahora reiteramos que:

"...Considera la Administración recurrente que las medidas contenidas en el referido Decreto 79/2014 respecto de las viviendas de uso turístico y por lo que respecta al inciso concreto del artículo 17.3 de dicha Disposición que señala textualmente: "... no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días..." es contraria a diversos preceptos constitucionales, crea un obstáculo a la competencia efectiva de los mercados en los términos previstos en el art. 5.4 de la mencionada Ley 3/2013, conculca la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios) y la Ley de transposición de la misma, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, así como también las previsiones de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado. Por ello solicita se declare la nulidad del inciso mencionado del citado precepto del Decreto impugnado.

La Comunidad de Madrid, en su escrito de contestación, comienza por hacer referencia a la competencia que la Constitución atribuye en los arts. 149.1 y 148.1.18 a las Comunidades autónomas respecto de la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. Asimismo hace alusión a que en el art. 26.1.21 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (LO 3/83 de 25 de febrero según redacción dada por LO 5/98 de 7 de julio) la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el citado Estatuto tiene competencia exclusiva en las materias siguientes: Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial, desarrollando tal competencia exclusiva a través de la Ley de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, Ley 1/99 de 12 de marzo, desarrollando el Gobierno de la Comunidad de Madrid a través de diversas normas reglamentarias la regulación de los alojamientos turísticos entre los que se encuentra el Decreto ahora cuestionado de su Consejo de Gobierno. El Decreto, continúa la CAM, regula las denominadas viviendas de uso turístico, como nueva modalidad de alojamientos, expresando en su Preámbulo las razones a que atiende tal regulación. La exigencia de esta normativa autonómica viene impuesta a nivel estatal por la Ley 4/2013, de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, requiriendo la propia Ley 1/99 la actuación de la Comunidad de Madrid en materia de turismo como orientada a potenciar la calidad de los servicios turísticos, proteger los derechos de los consumidores y favorecer la creación de empleo estable en el ámbito de la actividad turística. Niega a continuación que se produzca en el precepto impugnado ninguna lesión de derechos constitucionales o normas comunitarias y solicita en fin se desestime el recurso interpuesto de contrario.....

SEGUNDO.- Pues bien, delimitado el objeto del recurso en el sentido indicado, aun ha de hacerse otra precisión respecto de la competencia a que alude la Comunidad de Madrid en su escrito de contestación a la demanda para regular la materia, porque en el recurso no se cuestiona dicha competencia sino la regulación concreta que se ha efectuado en el Decreto impugnado en desarrollo de esa competencia que, se admite, corresponde a la Comunidad, y que, en efecto, se asienta en diversos preceptos de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de la ley 1/99 de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid.

Entiende la recurrente que el precepto impugnado, al imponer una limitación temporal por la que las viviendas de uso turístico no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días, infringe el art. 38 de la Constitución así como la Directiva de Servicios comunitaria a que se ha aludido más arriba. Y ello, porque supone una restricción al funcionamiento competitivo de los mercados que no se justifica en modo alguno en la norma cuestionada. También aduce que la Ley de transposición de la Directiva comunitaria, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, somete a las regulaciones que limiten dicho establecimiento de los operadores en el mercado y el ejercicio de su actividad a la necesaria motivación en orden a la justificación de su necesidad por alguna de las razones de interés general de las comprendidas en su art. 3.11. para señalar finalmente que el art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía para la unidad de mercado (en adelante, LGUM) impone a dichas restricciones o limitaciones administrativas el sometimiento a los principios de necesidad, proporcionalidad y reducción de cargas administrativas que no aparecen respetados en el Decreto ahora impugnado.

Ahora bien, para determinar si la regulación contenida en el Decreto 79/2014 vulnera tales normas, es preciso hacer referencia ante todo a tal marco normativo, tanto desde la perspectiva del Derecho Comunitario como Constitucional y estatal, que afecta a la regulación autonómica ahora cuestionada.

El art 38 de la CE reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y encomienda a los poderes públicos su protección y garantía. Es cierto que la libertad de empresa y su manifestación de libre competencia en el mercado, no es absoluta, como alega la Comunidad de Madrid, y que puede encontrarse limitada en la potestad de intervención de la Administración Pública mediante normas que disciplinen razonablemente el mercado (SSTC83/84 , 88/86 y 225/93 , entre otras). Pero no lo es menos

que dicha regulación e intervención administrativa habrá de ser respetuosa con las exigencias que se derivan de la normativa comunitaria, cuya primacía es evidente y con las que se derivan de la restante legislación estatal de transposición y regulación del sector de que se trata.

Pues bien, de la regulación que se contiene en los arts. 4 y 9 de la Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE) se desprende que la intervención pública mediante autorización o limitación de los servicios solo puede realizarse cuando se encuentre justificada por una razón imperiosa de interés general. Esta necesidad de motivación se desprende asimismo del art. 39 bis 1 de la ley 30/92 (introducido por el art. 2 de la Ley 25/2009 d e 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva Comunitaria de Servicios) al establecer que las Administraciones Publicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen. Esta justificación de las razones de interés general que motivan la limitación o restricción administrativa en la regulación de la libre concurrencia competitiva en el acceso a las actividades económicas y su ejercicio, aparece también regulada en el art. 3.11 de la Ley 17/99 , sobre libre acceso, que traspone la Directiva comunitaria al Derecho español.

Sin embargo, lo primero que se constata en el Decreto impugnado es que en su articulado y exposición de motivos no se contiene una justificación o motivación de la regulación que limita tal actividad y libre acceso a los servicios que regula. Conforme indica el representante de la Administración esta justificación asentada en razones de interés público (orden, seguridad o salud pública) respecto de las limitaciones y régimen de autorización que después se contienen en la norma, no aparece justificada con carácter general. Ello supone ya una vulneración de la mencionada normativa comunitaria y de la ley estatal que traspone la misma.

El Decreto que se recurre indica también en su Preámbulo que pretende regular las denominadas viviendas de uso turístico como nueva modalidad de alojamiento, señalando asimismo que sería poco efectivo dar la espalda a nuevas tendencias que se han impuesto de forma general en Europa y Estados Unidos, referidas al alojamiento privado con fines turísticos y que a petición del resto de empresarios y asociaciones del alojamiento y de los propios empresarios de viviendas de uso turístico, la Comunidad de Madrid ha impulsado la redacción del Decreto cuestionado que tiene como objetivo "... dar respuesta a las múltiples demandas de regulación y proporcionar la oportuna cobertura reglamentaria a la modalidad de los apartamentos turísticos... y a las viviendas de uso turístico...". Pero tal declaración no representa la justificación apuntada ni la motivación de razones de interés público que exige la normativa comunitaria para justificar las limitaciones que, por lo que hace a las viviendas de uso turístico, se contienen luego en el art. 17 del Decreto ahora cuestionado.

TERCERO.- Sentado lo anterior y aunque no se contiene en el Decreto impugnado una motivación general de las razones de interés público que han determinado la regulación y limitación o autorización administrativa del sector en el sentido ya indicado, en el citado Preámbulo del Decreto se señalan tres objetivos concretos de la regulación que deben analizarse a continuación para determinar si los mismos suplen esa justificación general de que adolece la norma, de forma que pueda entenderse justificada la limitación que se cuestiona en el presente proceso, a través de tales objetivos. O dicho de otro modo, si tales objetivos que se expresan en el Preámbulo del Decreto puede considerarse que sustituyen aquella justificación o motivación general de interés público que debería contener la regulación administrativa, de forma que a través de los mismos se entienda cumplida la exigencia de motivación que requieren tanto la normativa comunitaria como la estatal a la que nos referiremos seguidamente.

El art. 2 del Decreto define las viviendas de uso turístico como "...aquellos pisos, apartamentos o casas que, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística, para ser cedidos en su totalidad, por su propietario a terceros, con fines de alojamiento turístico a cambio de un precio". En su art. 17 establece varias limitaciones o restricciones a dicha actividad económica, una de las cuales es la cuestionada en el presente recurso. Así, exige a los titulares de dichas viviendas la presentación ante la Dirección General competente en materia de turismo una declaración responsable de inicio de actividad, según modelo incluido en el Anexo III, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente; también establece que las viviendas no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días y que la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuara una vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro.

Los tres objetivos que aparecen reseñados en el Preámbulo de la Disposición como justificación concreta de dichas restricciones, autorizaciones o limitaciones son los siguientes: "...Para paliar los efectos de la inmersión en el ámbito turístico de una sobreoferta descontrolada de viviendas destinadas a uso turístico, se hace precisa su regulación con el fin de establecer unos mínimos requisitos tendentes a proteger los legítimos derechos de los consumidores y usuarios turísticos de la Comunidad de Madrid. A ello hay que añadir la necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal constantemente denunciadas por las asociaciones del alojamiento madrileño y, en cualquier caso, poner freno a una oferta que podría estar ejerciendo una actividad opaca a las obligaciones fiscales que son exigibles al resto de establecimientos turísticos.

Así pues, las limitaciones contenidas en el art. 17 del Decreto, en este proceso en concreto la regulada en su apartado tercero relativa a la limitación temporal de más de cinco días, habrán de ser analizadas en relación con tales objetivos que se exponen en su Preámbulo para determinar si los mismos justifican en los términos de la Directiva comunitaria y ley 17/99 que traspone la misma, así como a la luz de las exigencias derivadas de la LGUM antes citada (Ley 20/2013, de 9 de diciembre, para la garantía de la Unidad de Mercado) ese interés público y general requerido para la limitación en el libre acceso a los servicios que se regulan en la norma. No puede olvidarse que la LGUM dispone en su art. 5 que "...las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o a su ejercicio de conformidad con lo previsto en el art. 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivaran su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/99, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Cualquier límite o requisito establecido en el 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...". El citado art. 17 de la LGUM alude a la justificación por razones de "orden público, seguridad pública o salud pública".

Del anterior precepto de la LGUM en relación con la normativa comunitaria antes citada, se extraen dos relevantes consecuencias a los efectos que ahora nos ocupan, a saber, que la regulación o limitación de tales actividades debe obedecer a motivos de interés general relativos a seguridad pública, orden público o salud pública; y, asimismo, que las limitaciones, autorizaciones o restricciones administrativas concretamente establecidas han de ser proporcionadas a tal finalidad y necesarias para conseguir la misma.

CUARTO.- Pues bien, comenzando por el primer aspecto, de los tres motivos esenciales que se exponen en el Preámbulo de la Disposición impugnada como justificación de la regulación administrativa, únicamente podrían responder a razones de interés general en el sentido ya expuesto la protección de consumidores u usuarios turísticos así como la eventual opacidad fiscal, pues la necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal así como la sobreoferta descontrolada en el mercado no se considera que, por su propia naturaleza, respondan a ninguno de esos motivos de seguridad, orden o salud pública que se establecen como parámetros generales en la limitación y, en todo caso, aparecen excluidos por la propia regulación comunitaria. Esta última dispone (art. 14 de la Directiva de Servicios) que "Los Estados miembros no supeditaran el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de los siguientes requisitos:... aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una actividad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectara a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general...". El art. 10. e) de la Ley 17/2009 de trasposición, establece " En ningún caso se supeditara el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica . Así pues, los fines u objetivos consistentes en el control descontrolado de la oferta o las situaciones de competencia desleal, que además tienen su protección propia a través de diversa legislación estatal, resultan excluidos como fines legítimos que justifiquen el interés público general a que debe atender la restricción, de conformidad con la normativa comunitaria y estatal que la traspone.

Pero, atendiendo ahora al segundo aspecto indicado más arriba, las limitaciones y restricciones impuestas por la norma cuestionada han de ser examinadas no ya solo desde la perspectiva de su justificación

abstracta, esto es, examinando si se justifican por el interés general que reportan tales objetivos de interés general o público, sino también desde la óptica de su necesidad y proporcionalidad en cuanto que las limitaciones concretas que establecen sean necesarias y proporcionales para alcanzar tales fines, según se desprende de la regulación contenida en la Ley de Garantía para la Unidad de Mercado en su relación con la normativa comunitaria. Al análisis de la eventual concurrencia de esos dos requisitos se dedicara a continuación nuestro examen.

QUINTO.- En el presente recurso se impugna la regulación contenida en el art. 17.3 del Decreto 79/2014 por establecer una limitación temporal "...las viviendas no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días..." porque no cumple con tales exigencias ni de necesidad ni de proporcionalidad en relación con esos dos objetivos concretos, protección de los consumidores y usuarios turísticos y evitar la opacidad fiscal. Veamos la limitación en relación con esos dos parámetros: necesidad de la medida y proporcionalidad de la misma.

En lo que respecta a la necesidad de la medida y a su proporcionalidad (esto es, si la limitación se precisa para el fin perseguido así como si esta es la medida menos gravosa para alcanzar tal fin) y siempre en relación con esos dos únicos objetivos que según lo expuesto podrían justificar su adopción: protección del consumidor o usuario turístico y opacidad fiscal, no se entiende muy bien, en efecto, conforme expone el representante de la Administración que dicha medida temporal de limitación de estancia sea necesaria para la protección de esos dos objetivos y que por el contrario no lo sea la falta de establecimiento de un límite temporal mínimo. Desde luego, no parece que limitar temporalmente la oferta de viviendas turísticas tenga repercusión alguna en la eventual opacidad de las obligaciones fiscales, pues se encuentra totalmente desconectada de tal finalidad.

En cuanto a la protección de los usuarios del servicio, tampoco se comprende en que medida podría ser necesaria esta limitación temporal que excluye las estancias inferiores a cinco días respecto de la protección de los que usan tal servicio. La misma protección se deriva del uso por más o menos de cinco días de la vivienda en cuestión. Y si la protección de los usuarios se quiere vincular no con los usuarios del servicio turístico, que es lo que indica la norma, sino con las molestias que puedan derivarse para los demás vecinos del inmueble (no se olvida que esa es una de las características propias de tal modalidad de uso que, a diferencia de otras, implica la convivencia de viviendas dedicadas a tal servicio junto a las ocupadas por los demás vecinos del inmueble) no es entonces, en realidad, la protección del usuario del servicio lo que se trata de conseguir, sino la de los restantes usuarios del inmueble o la de los prestadores del servicio en otras modalidades de alojamiento turístico, como el hotelero. Tampoco, por lo demás, se acredita en qué medida los restantes ocupantes del inmueble se encontrarían más protegidos por el hecho de que la oferta de uso de las viviendas turísticas del inmueble que ocupan sea superior a cinco días y por el contrario en los restantes casos de estancias menores tales molestias no se produzcan, pues las mismas aparecen más vinculadas a la propia coexistencia en un mismo inmueble de las dos modalidades de ocupación que del tiempo en que esta se produzca.

Además, tal finalidad como tal (protección del usuario turístico del servicio) ya se contempla en otros preceptos de la norma, al establecer el art. 5 del Decreto impugnado que los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico deberán cumplir las normas sectoriales aplicables en la materia, con especial mención de las normas de seguridad, urbanismo, accesibilidad, sanidad y medio ambiente. Así pues, la finalidad de protección del usuario del servicio, no parece desprenderse de la limitación de su estancia a periodos mayores de cinco días, porque no se considera que este se encuentre más protegido en sus derechos por el hecho de que se limite su estancia temporal en la vivienda. Tampoco tal medida aparece como proporcional respecto del fin que se expresa como determinante de aquella porque no se demuestra en modo alguno que sea la menos gravosa para el sector en la consecución del fin al que se afirma responde. Mas bien, lo que se desprende de tal limitación es la restricción de la competencia, conforme apunta el representante de la Administración, con respecto solo a una modalidad de alojamiento turístico, acreditándose por el contrario, a través del informe aportado por la Abogacía del Estado basado en la encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística sobre la ocupación hotelera y estancia media de los viajeros por provincias, categorías y meses, que tal demanda turística es menor de cinco días en la mayoría de las ocasiones. De forma que, al demandarse el alojamiento turístico cuantitativamente en mayor medida para estancias más cortas de esos cinco días (fines de semana esencialmente) resulta perjudicado únicamente el sector de viviendas de uso turístico, único al que se impone tal restricción en la libre concurrencia, frente a las otras modalidades de alojamiento en relación con las cuales no se establece limitación temporal alguna.

SEXTO.- La Comunidad de Madrid y, por ende, la co-demandada Asociación Empresarial Hotelera de Madrid, que hace suyos los argumentos de la Comunidad Autónoma, alegan esencialmente para propugnar

la legalidad de la disposición impugnada además de la protección de los intereses de los demás usuarios del inmueble, argumento que ya se ha examinado más arriba, así como la protección de la oferta descontrolada de viviendas que según se expuso no constituye fin válido que justifique la medida conforme a la regulación comunitaria y estatal, que el sometimiento a la regulación contenida en el Decreto impugnado es voluntaria para los operadores de la actividad económica, así como que otras Comunidades Autónomas también han regulado en términos similares dicho servicio y en algunos casos prohibido tal actividad, para referirse finalmente a que la regulación de la Comunidad de Madrid resulta parecida a la que se ha adoptado en otros países y ciudades del Mundo como Nueva York y San Francisco en un intento de coonestar los derechos de los demás usuarios del inmueble con la libertad de empresa. Consideramos, no obstante, que ninguno de dichos argumentos es suficiente para respaldar la limitación a la libre competencia en el servicio que establece la medida examinada.

El primero, la voluntariedad de someterse al régimen que regula la norma que se impugna, porque, que dicho régimen sea opcional para los propietarios de viviendas no significa que la regulación sea conforme a Derecho. Esta razón que se opone por la Comunidad Autónoma demandada, aportando informe del director General de Turismo de la Comunidad de Madrid en el que puede leerse "las viviendas de uso turístico representan una opción para los propietarios, que podrán elegir entre someterse al Decreto 97/14 y en consecuencia explotarlas conforme a un uso turístico, o alquilar su propiedad conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos", no convierte en ajustado a Derecho lo que no lo sea, ni resta antijuridicidad al precepto que se examina. Obviamente, no es la posibilidad de excluir la aplicación de la norma por el destinatario de la misma lo que determina su conformidad o no a Derecho ni este Tribunal tiene encomendada la función de examinar esa posibilidad de exclusión como determinante de la conformidad al Ordenamiento de la disposición discutida, sino su adecuación por sí misma a dicho Ordenamiento Jurídico, con independencia de la elección del particular de acometer o no dicha actividad regulada por el Decreto que se impugna.

El segundo, la comparación que se efectúa con otras regulaciones de varias Comunidades Autónomas diferentes de la de Madrid, carece también de virtualidad porque la regulación cuya conformidad a Derecho se examina en este proceso es la de Madrid, no la de las restantes Comunidades Autónomas, por lo que la diferente regulación que se contenga en las mismas no empece a los razonamientos que, según lo expuesto, fundamentan la apreciación de disconformidad al Ordenamiento Jurídico antes expuesta respecto de la aquí impugnada.

Finalmente, en cuanto al contraste con la normativa en ciudades como Nueva York o San Francisco, la disconformidad del inciso impugnado se afirma más arriba esencialmente por contraposición a la normativa comunitaria y su transposición a las leyes españolas, por lo que difícilmente se puede apreciar incidencia alguna en tal apreciación en la regulación que se haya efectuado en ciudades que por su no pertenencia a la Unión Europea no se encuentran sometidas a la normativa comunitaria.

SÉPTIMO.- Los razonamientos precedentes determinan la estimación íntegra del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el art. 17.3 del Decreto de la Consejería de Empleo, Turismo y Cultura de la Comunidad de Madrid número 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, en lo referente al inciso de dicha disposición que dice textualmente que las viviendas de uso turístico "...no podrán contratarse por un período inferior a cinco días...", pues tal inciso y limitación temporal resulta contrario a la normativa comunitaria y estatal señalada y constituye una restricción injustificada y un obstáculo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado entre los operadores turísticos en materia de alojamiento...."

SEGUNDO.- Hasta aquí lo que hemos señalado respecto del art. 17.3 del Decreto impugnado que determina en este caso la estimación del recurso en lo que respecta al inciso del art. 17.3 de Decreto 79/2014 relativo a que las viviendas de uso turístico no podrán cederse por tiempo inferior a cinco días.

Pero en el presente proceso se impugnan también el art. 17.1 y 17.5, el primero establece textualmente que: "Los titulares de viviendas de uso turístico presentarán ante la Dirección General competente en materia de turismo una declaración responsable de inicio de actividad, según modelo incluido en el Anexo III, debiendo disponer de un plano de la vivienda firmado por técnico competente, visado por el colegio profesional correspondiente". Por su parte el art. 17.5 del Decreto señala: "La inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General competente en materia de turismo se efectuará una vez presentada la declaración responsable de inicio de actividad, sin perjuicio de otras autorizaciones o licencias, debiendo constar en toda forma de publicidad el número de referencia de su inscripción en el citado Registro". Son los dos incisos subrayados los que también se impugnan en el presente proceso. Ambos se examinarán a continuación por separado.

El primero, exigencia de visado del colegio respectivo del plano de la vivienda, se considera por la actora que es un requisito contrario a las normas comunitarias ya citadas a propósito del examen del requisito temporal del art. 17.3 así como a las leyes de trasposición estatales tanto la ya citada 17/2009 como también la ley 25/2009 de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto sobre visado colegial obligatorio.

Ahora bien, en relación con este requisito consideramos que la razón expuesta en el Preámbulo del Decreto impugnado relativa a la protección de los consumidores y usuarios del servicio turístico, que según lo expuesto más arriba respecto del requisito temporal, puede entenderse como un motivo de interés general que justifique la intervención administrativa y la limitación establecida por la Administración, si puede vincularse en este caso con el requisito que se examina, de forma que justifique de forma suficiente su establecimiento para asegurar la protección del usuario del servicio. Ello determina que se considere dicho requisito como amparado por esa justificación pues redundaría en beneficio del usuario de la vivienda de uso turístico el hecho de que el propietario disponga de un plano de la vivienda visado por el colegio profesional a los efectos de transparencia, seguridad y certeza de lo contratado por el mismo. Por tanto, consideramos que dicha exigencia no puede entenderse contraria a las normas comunitarias que se han reseñado y que su establecimiento, amparado por las mismas, no es ni discriminatorio respecto de otras formas de alojamiento porque la propia diferencia entre los supuestos determina el diferente trato jurídico, ni tampoco contraria a las disposiciones de la ley 1/99 de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid en cuanto establecimiento de un trámite innecesario proscrito por la misma pues ya se ha razonado que se asienta en la protección de un interés público. Por esta misma razón no vulnera la Ley Ómnibus (ley 25/2009) en la modificación que esta opera sobre la ley de Colegios Profesionales o el Real Decreto 1000/2010 sobre Visado Colegial Obligatorio porque encuentra respaldo en aquel interés general en la protección del usuario del servicio ya señalado.

Por último, el requisito de la inscripción para la publicidad oficial tampoco se considera contrario a Derecho. En realidad lo regulado en tal precepto no es la exigencia en todo caso de dicha inscripción en el Registro público para la publicidad del servicio, sino, como indica la Administración demandada, el requisito de tal inscripción para la publicidad oficial de la actividad.

Esta exigencia se considera, igual que la anterior, amparada por la protección del usuario del servicio y por tanto y por idénticos motivos a los ya expuestos no se estima vulneradas las leyes comunitarias y estatales que se invocan por la recurrente.

TERCERO.- La estimación parcial del recurso en el sentido indicado, determina, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 LJCA, que no proceda hacer expresa imposición de costas procesales, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes serán satisfechas por mitad.

VISTOS los preceptos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Madrid Aloja, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Gutiérrez Carrillo contra el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, y concretamente frente a la regulación del art. 17.1.3. y 5 del mencionado Decreto, declaramos la nulidad del inciso del art. 17.3 del Decreto que dispone que las viviendas de uso turístico "...no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días...", desestimando el recurso en todo lo demás. Las costas procesales se imponen a la Administración demandada Comunidad Autónoma de Madrid.

Así, por esta nuestra sentencia, contra la que cabe interponer recurso de casación dentro del plazo legalmente establecido, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución con la advertencia de que la misma no es firme pudiendo interponerse recurso de casación que habrá de prepararse ante esta misma sala en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución, previa constitución del depósito de 50 € en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a esta sección, tal y como establece la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.



Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, nº 2582 0000 93 1165 14 (Santander), especificando en el campo observaciones el concepto "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 Euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, la cuenta es IBAN ES55 0049 3659 9200 0500 1274, debiéndose consignar los 16 dígitos de la cuenta expediente y el concepto en el apartado observaciones.

Una vez que sea firme la sentencia, publíquese en el BOCAM.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ