



Roj: **ATS 2318/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2318A**

Id Cendoj: **28079130012018200508**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2018**

Nº de Recurso: **4959/2017**

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 ICAN 2330/2017,**  
**ATS 2318/2018,**  
**STS 4384/2018**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Fecha del auto: 09/03/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4959/2017

Materia: VIVIENDA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión Parcial

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

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 103

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4959/2017

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

Letrada de la Administración de Justicia: Secretaría Sección 103

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**A U T O**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

En Madrid, a 9 de marzo de 2018.

## HECHOS

**PRIMERO.-** Por la procuradora D<sup>a</sup> Monstserrat Zubieta Padrón, en representación de D. Evelio , se interpuso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, recurso contencioso-administrativo contra el 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 con el n.º 118/2015, la Sala de instancia lo estimó por Sentencia de 25 de mayo de 2017 , anulando el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2.

Argumenta la sentencia, en relación con el artículo 3.2., 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.

La misma argumentación sirve a la Sala de instancia para la anulación del subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2.

**SEGUNDO.-** Notificada la sentencia a las partes personadas, la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por la letrada de sus servicios jurídicos ha preparado recurso de casación.

**TERCERO.-** La letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias 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, (i) al anular el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del Anexo 2 del Decreto impugnado, infringe los siguientes preceptos: artículo 30.21 de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Canarias , en relación con el artículo 148.1.18<sup>a</sup> CE ; artículos 26.1 , 32 , 38 , 57 , 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo en Canarias ; artículos 9 , 14 , 33 , 38 , 45 , 47 y 53 CE , en relación con los artículos 49 , 56 , 57 , 58 y 59 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo , por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, y las sentencias que invoca en relación con los principios de seguridad jurídica e igualdad; artículos 2 , 3, apartados c ) y d ) , 5 , 23 y 25 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo , de renovación y modernización turística de Canarias; artículos 4 , 9 y 16 de la Directiva de Servicios 2006/123/CE , y la jurisprudencia que cita en relación con los límites a la libertad de empresa y razones imperiosas de interés general; artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas ; artículos 3.11 y 9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre , de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado ; y artículos 3.1.g ) , 4 , 5 , 6 , 18 , 49.3 , 53.3 a) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias , en relación con los artículos 3 , 4 , 11.1 y 12.1 del Real Decreto-legislativo 7/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

Alega, en relación con el artículo 3.2 del Decreto impugnado, y en síntesis, que conforme a los artículo 30.21 del Estatuto de Autonomía de Canarias y 148.1.18<sup>a</sup> CE , la Comunidad Autónoma de Canarias tiene competencia exclusiva sobre <<la promoción y la ordenación del turismo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma>>, y que los citados preceptos y los invocados de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, habilitan al Departamento autonómico competente en materia turística para reglamentar las modalidades de establecimientos de alojamiento turísticos que, dentro de la clasificación general, vayan surgiendo. Añade que el art. 32 de la LOTC habilita al Gobierno de Canarias para reglamentar



qué establecimientos están comprendidos en cada una de las modalidades previstas y cualesquiera otras que reglamentariamente se determinen, modalidades establecidas en el art. 5 del Decreto 142/2010 , modificado por el Decreto aquí recurrido, que establece la tipología de establecimientos hoteleros y extrahoteleros, y dentro de estos últimos, las viviendas vacacionales con su legislación específica, que se modula, además, con la legislación urbanística y, a su vez, con el planeamiento territorial y urbanístico.

Añade que el art. 3.2 del decreto recurrido preserva el suelo para uso turístico, y no para uso residencial, lo que se anuda a un concreto estatuto jurídico de la propiedad precisado por el planeamiento en su localización e intensidad de uso. En Canarias, el destino de los suelos en los que no se admiten las viviendas vacacionales es turístico y no residencial. Fuera de las zonas turísticas cabe implantar usos turísticos (casas rurales, hoteles urbanos, o viviendas vacacionales), con otros estándares y requerimientos diferentes así como con un régimen jurídico de compatibilidad de usos, lo que permite que el destino del suelo para uso turístico fuera de las zonas turísticas sea opcional tanto para el planificador como para el titular dominical. Considera que la sentencia combatida impide aplicar políticas públicas de protección del suelo estrictamente turístico, que evitan y combaten la residencialización de tales zonas, finalidad expresamente declarada por el art. 3.c) de la Ley 2/2013 , de renovación y modernización turística de Canarias, y que la implantación de viviendas vacacionales en suelos turísticos de zonas turísticas supone especular con el suelo y es contrario al interés general. La regulación vigente de las tipologías turísticas determina distintos estándares de calidad, precisamente en atención a su localización en suelo de uso turístico o de uso no turístico; y la tipología se regula legalmente en Canarias en atención a la localización territorial y al uso del suelo, turístico o no, que haya definido el planeamiento. Por otra parte, alega que la aplicación que hace la sentencia de los principios de libertad de empresa y la libre prestación de servicios, supone vulnerar las propias excepciones que el ordenamiento jurídico establece en base a razones imperiosas de interés general, para limitar esa libertad de empresa.

Por lo que atañe a la justificación del interés objetivo casacional, se sostiene por la letrada de la Comunidad Autónoma recurrente 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), c) 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 a los intereses generales, invocando razones de protección territorial y ambiental, de seguridad pública de los usuarios y de protección de los derechos de los **consumidores**.

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, ya que la anulación del art. 3.2 del Decreto recurrido tiene como consecuencia que la modalidad de viviendas vacacionales pueda establecerse libremente en todo el espacio territorial de Canarias.

Y respecto de la concurrencia del supuesto de interés casacional contemplado en el apartado g) del artículo 88. 2 LJCA , alega que en el proceso de instancia se suscitó una impugnación directa de disposiciones generales.

Finalmente, se aduce la concurrencia de las presunciones de los apartados a), c) y e) LJCA del artículo 88. 3 LJCA . Del apartado a) por considerar que la sentencia impugnada ha aplicado normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, concretamente sobre la limitación de este tipo de vivienda a zonas no turísticas establecida en norma sectorial que responde al modelo turístico defendido e implantado en Canarias. Del apartado c) por declarar la sentencia la nulidad de parte de una disposición de carácter general. Y del apartado e) por resolverse un recurso promovido contra una disposición del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**CUARTO.-** Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de 25 de julio de 2017, por el que se tuvo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, las partes recurrentes se ha personado en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo.

Se ha personado ante este Tribunal Supremo, en calidad de parte recurrente, la Comunidad Autónoma de Canarias, mediante la Letrada de sus servicios jurídicos, así como, en calidad de parte recurrida, el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo, en representación de D. Evelio .

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

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



**PRIMERO.** - Como ha quedado expuesto en los hechos de esta resolución, contra la sentencia de 25 de mayo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso n.º 118/2015, se ha preparado recurso de casación por la Comunidad Autónoma de Canarias.

**SEGUNDO.**- Como ya pusimos de manifiesto en un asunto similar al que aquí nos ocupa, admitido a trámite mediante auto de 21 de diciembre de 2017, se constata también en el presente recurso que la Comunidad Autónoma ha preparado dos recursos de casación, uno por infracción de derecho autonómico y otro por infracción de derecho estatal o comunitario europeo.

En este recurso se da la circunstancia de que la Sala de Santa Cruz de Tenerife ha acordado únicamente la admisión de la preparación del recurso de casación fundado en la infracción de normas estatales, con emplazamiento de las partes ante este Tribunal Supremo, mientras que, por diligencia de ordenación de fecha 19 de julio de 2017, se acordaba dejar en suspenso la tramitación del recurso fundado en la infracción de normas autonómicas hasta la resolución del primero. En efecto, en nuestro auto de 17 de julio de 2017 dejamos establecidos los criterios respecto a la preferente tramitación cuando se preparan simultánea o sucesivamente el recurso de casación estatal y autonómico, poniendo de manifiesto que es el tribunal de instancia el que debe resolver sobre la tramitación preferente de uno u otro, en atención a las circunstancias del caso, valorando, en particular, en qué medida la decisión que pueda adoptarse por el Tribunal Supremo en el recurso de casación estatal puede condicionar el resultado del litigio y, en consecuencia, la sentencia que pudiera recaer en el recurso de casación "autonómico".

El criterio adoptado en este caso por el Tribunal de instancia se corresponde con lo que dijimos en el auto de 21 de diciembre de 2017, dictado, como ya se ha puesto de manifiesto, en asunto similar, donde señalábamos que una de las razones por las que la Sala de instancia anuló el artículo 3.2 y el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2 del Decreto recurrido es porque consideró 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, infringe claramente la libertad de empresa ( artículo 38 CE ) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre); y la Comunidad Autónoma de Canarias alega que la aplicación que hace la sentencia de dichos principios vulnera las propias excepciones que el ordenamiento jurídico establece, en base a razones imperiosas de interés general, para limitar esa libertad de empresa. Y añadíamos entonces que de ello se desprendía que el recurso de casación "estatal", caso de admitirse a trámite, condicionaba el recurso de casación "autonómico", referido fundamentalmente al examen sobre si el decreto impugnado tiene o no cobertura legal en las normas autonómicas canarias, pues una hipotética sentencia de este Tribunal Supremo que concluyera que el precepto cuestionado - artículo 3.2 del Decreto 113/2015 - infringe los principios de libertad de empresa y de prestación de servicios pondría fin a la controversia, pues supondría su expulsión del ordenamiento jurídico y convertiría en irrelevante la cuestión sobre si el mismo tiene o no cobertura legal conforme a la normativa autonómica.

Pues bien, habiendo quedado, en definitiva, en suspenso la tramitación del recurso de casación fundado en normas autonómicas, procede entrar a conocer si el recurso de casación estatal preparado por la Comunidad Autónoma de Canarias cumple con los requisitos formales y reviste interés casacional objetivo para la creación de jurisprudencia, lo que examinamos a continuación para llegar, a la postre, a la misma conclusión de admisión a trámite que en el precedente recurso de casación 3760/17.

**TERCERO.**- El escrito de preparación de la Comunidad Autónoma de Canarias 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 manifiesta 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>>.



La Comunidad Autónoma de Canarias rechaza las precedentes argumentaciones, señalando: por un lado, que la limitación contenida en la disposición impugnada en relación con la ubicación de las viviendas vacacionales tiene suficiente cobertura legal; que en suelo turístico podrá implantarse la tipología turística que reúna los estándares y requerimientos establecidos legalmente y se ajuste al uso previsto por el planeamiento y argumenta que el criterio de la sentencia combatida impide aplicar políticas públicas de protección del suelo estrictamente turístico, que evitan y combaten la residencialización de tales zonas y que la implantación de viviendas vacacionales en suelos turísticos de zonas turísticas supone especular con el suelo y es contrario al interés general declarado legalmente de preservar tal suelo para uso turístico exclusivo o predominante. Asimismo, señala la representación de la Comunidad Autónoma que la aplicación que hace la sentencia de la libertad de empresa y de la libre prestación de servicios vulnera las propias excepciones que el ordenamiento jurídico establece, en base a razones de interés general, para limitar esta libertad de empresa. Manifiesta esta parte que la limitación de la actividad de vivienda vacacional se funda en razones territoriales y ambientales, atendiendo a un uso racional y proporcionado del recurso natural suelo, conforme al artículo 45 de la Constitución .

**CUARTO.** - Planteadas las cuestiones jurídicas en estos términos, nuestra respuesta ha de ser idéntica a la ofrecida en el precedente auto de 21 de diciembre de 2017, al revestir las cuestiones planteadas interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

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, a saber: concurren las presunciones de interés casacional establecidas por las letras c ) y e) del apartado 3 del artículo 88 , al anular la sentencia parte de una disposición de carácter general y provenir ésta del Gobierno de Canarias; 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. Y finalmente la cuestión litigiosa afecta a un gran número de situaciones que trascienden del caso concreto, supuesto del artículo 88.2.c).

**QUINTO.**- 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 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.

**SEXTO.**- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 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.

**SÉPTIMO.**- 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 la letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia referenciada en el punto anterior.

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 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.

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

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

5.º) 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 María Díez-Picazo Giménez D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frías Ponce D. José Antonio Montero Fernández

D. José María del Riego Valledor

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ