



Roj: **STS 254/2019 - ECLI:ES:TS:2019:254**

Id Cendoj: **28079130032019100025**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **08/01/2019**

Nº de Recurso: **4960/2017**

Nº de Resolución: **2/2019**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2334/2017,**
ATS 1827/2018,
STS 254/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 2/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4960/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 4960/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 2/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 8 de enero de 2019.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4960/2017, por el Letrado del Gobierno de Canarias, en la representación que ostenta, contra la sentencia de 25 de mayo 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 el recurso número 99/2015, contra el art. 3.2 del Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias y se anuló el art. 3.2 y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

Han intervenido como parte recurrida doña Almudena representada por el procurador de los tribunales don José Luis Pinto Marabotto Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El letrado del servicio jurídico del Gobierno de Canarias interpone recurso de casación contra la sentencia 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 de 25 de mayo de 2017 (rec. 99/2015) por la que se estimó el recurso interpuesto por doña Almudena contra el art. 3.2 del Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias y se anuló el art. 3.2 y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

SEGUNDO. Mediante Auto de 5 de marzo de 2018 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en determinar, tal como pusimos de manifiesto en el Auto de 21 de diciembre de 2017 (rec. 3760/2017), si una regulación como la contemplada en 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 pretende limitar la oferta turística de viviendas (artículo 3.2) resulta 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.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º La vulneración 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 (TRLR-15); 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 (TRLOTENC); artículos 2, 3 y 23 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de Canarias (LRMC), y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, entre otras, SSTS de 26 de febrero de 1976; 7 de noviembre de 1988, así como SSTC nº 37/1987, de 26 de marzo. Función Social y Estatuto Jurídico de la propiedad. Indebida limitación de las potestades y de las políticas públicas de ordenación territorial y de ordenación del turismo.

El presente recurso reproduce los motivos de impugnación sustentados en el recurso de casación 3760/2017 en lo que afecta al artículo 3.2 y subapartado IV del anexo 2 del Reglamento de Viviendas Vacacionales, aprobado por Decreto 113/2015, de 22 de mayo.

El Tribunal de instancia sustenta las razones por las que se anula el art. 3.2 del Reglamento aprobado por Decreto 113/2015, de 22 de mayo (RVVC), así como el subapartado tercero del apartado IV del anexo 2, señalando "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."

En contra de lo que sostiene la sentencia de instancia, lo que preserva el art. 3.2 del RVVC no es una determinada tipología turística sino el uso turístico del suelo, entendido como suelo de valor estratégico que debe ser reservado para ese uso y no para uso residencial u otros usos incompatibles. El valor estratégico del sector turístico y, en consecuencia, del suelo turístico, viene siendo declarado por la legislación autonómica desde la Ley 7/19951, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias, precisándose posteriormente, en la legislación urbanística canaria, ese valor estratégico y la necesaria definición de los suelos aptos para ello en instrumentos de ordenación territorial y, por tanto, de interés supralocal.

La legislación turística canaria, dentro del marco constitucional (art. 30.21 del EA en relación con el art. 148.1.18ª CE); de la Ley de Suelo estatal y de la legislación canaria, regula un Estatuto de la Propiedad del titular dominical (de suelo y edificación), en suelo de uso turístico (arts. 56 , 57 , 58 y 59 TRLOTENC), en "zona turística " [art. 2.k) LRMC], en el que el respeto al destino o uso turístico se convierte en un deber, diferenciado del Estatuto de la Propiedad del titular de suelo fuera de "zona turística", en el que el uso turístico es compatible o complementario al uso residencial de tal forma que se puede optar por dedicarlo a un uso u otro.

Una característica de las viviendas vacacionales es que su "cesión" para uso turístico es opcional ["dos o más veces dentro del periodo de un año o una vez al año, pero en repetidas ocasiones" art. 2.c) del RVVC]. El uso turístico en suelo turístico de zona turística no es opcional, sino obligatorio.

La Sala a quo aplica un criterio restrictivo a la función pública de ordenación del territorio, limitando la competencia del legislador y, en su mandato, del planificador, para determinar, por estrictas razones territoriales y ambientales, suelos de reserva (zona, clase y categoría), para destino de un concreto uso, en este caso turístico (calificación), con exclusión de cualquier otro que pueda resultar incompatible con el modelo de ordenación establecido o que se pretenda lograr.

La principal razón de tal exclusión está en la predeterminación, a través del plan territorial, de un determinado destino turístico -exclusivo o predominante-, para concretas y reducidas zonas, lo que supone, de forma coherente, un diferente régimen jurídico de la propiedad que la normativa establece respecto de los propietarios de suelo, como dice el art. 3.2 del RVVC, "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".

La sentencia a quo impide aplicar políticas públicas de protección del suelo turístico (art. 3.1 TRLS-15) que eviten y combatan la residencialización de tales zonas. La medida discutida pretende evitar el uso residencial en tales zonas o, en su caso, reconducir el uso de las zonas turísticas.

La parte recurrente sostiene que la implantación de viviendas vacacionales en suelo turísticos de zonas turísticas supone especular con el suelo en sentido contrario al interés general declarado legalmente, consistente en preservar el suelo para uso turístico exclusivo o predominante. La medida no pretende proteger una tipología turística, sino preservar los mejores suelos para el destino turístico, evitando que, en un futuro, la disponibilidad de tales suelos queda excluida por decisiones unilaterales de sus titulares.

La legislación turística no impide que existan usos turísticos fuera de los suelos turísticos en zonas turísticas, con unos requerimientos menores que los destinados a usos turísticos en zona turística. Así, fuera de las zonas turísticas podrá haber viviendas vacacionales, dentro de las zonas turísticas no. De modo que se diseña un régimen jurídico distinto y más exigentes en atención a la localización territorial y al uso del suelo, turístico o no, que haya definido el planeamiento. Y así se advierte en la exposición de motivos del Decreto 142/2010, de 4 de octubre, modificado por el Decreto anulado parcialmente por la sentencia impugnada, cuando señalaba "La modalidad hotelera está integrada por cuatro tipos de establecimientos, en función de la calificación del suelo en la que se asientan, servicios prestados, y diseño arquitectónico o tipología edificatoria, y que son los siguientes: hotel, hotel urbano, hotel emblemático y hotel rural. En la misma línea en la modalidad extrahotelera se integran cuatro tipos de establecimientos: el apartamento, la villa, la casa emblemática y la casa rural". No se comparte, por tanto, que la exclusión de las viviendas vacacionales carezca de cobertura legal.

2º Se invoca la vulneración 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 (LGUM), 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 (LOTIC), y de las Directrices 55, de Ordenación General (DOG), y 8, 9, 13 y 18, de Ordenación del Turismo (DOT), 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.

No es cierto, como señala la sentencia de instancia, que se trate de excluir la oferta de viviendas vacacionales en zonas turísticas para favorecer a los "productos alojativos turísticos tradicionales" sino de proteger el destino turístico del suelo.

La regulación cuestionada cumple con los condicionantes europeos y estatales (art. 9 de la Ley 17/2009) en cuanto a su justificación y necesidad de la medida y en cuanto a la proporcionalidad de la misma, respetando la seguridad jurídica y el principio de igualdad de trato con el resto de los establecimientos de alojamiento turístico que deben situarse fuera de los suelos turísticos.

La Directiva 2006/123/CE, que regula la libre prestación de servicios, permite a los Estados miembros establecer limitaciones y excepciones en diferentes materias, entre ellas la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural y en este mismo sentido se ha pronunciado la STS de octubre de 2016 (rec. 2625/2015).

CUARTO . El representante legal de Doña Almudena se opone al recurso de casación.

Rechaza el argumento de la parte recurrente por el que se afirma que no nos encontramos ante una nueva tipología extra-hotelera sino ante usos del suelo, y ello en virtud de lo establecido en el art. 32 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo de Canarias , en el que se establece que el reglamento determinará qué tipo de establecimiento deben entenderse comprendidos dentro de cada una de las modalidades señalados en el apartado primero (hostelera y extra-hostelera) sin que en ningún momento le habilitara para excluir ámbitos y establecer los espacios en los que implantar el uso turístico.

Los restantes motivos tienen como única finalidad justificar la prohibición establecida en un reglamento sin motivación alguna que lo sustente.

Alega que la prohibición de establecida en el art. 3 del reglamento se incorporó en una versión posterior a la que inicialmente se sometió a información pública y dicha modificación carece de motivación.

El Reglamento dictado no puede excederse ni sustituir a la Ley, y ese es precisamente el caso del reglamento impugnado, regulando los ámbitos para desarrollar usos turísticos, para lo cual carece de cobertura legal.

El art. 3 del reglamento impugnado vulnera el artículo 57 , 58 y 59 de la Ley 7/1995, de 6 de abril que establece que serán los planes urbanísticos los que declaren el uso turístico del suelo, debiendo adaptarse los instrumentos de planeamiento a la declaración de zona turística del Plan Territorial. No puede el reglamento determinar o excluir las áreas aptas o no para desarrollar el uso turístico del suelo, cuestión de competencia exclusiva del planeamiento.

Y el apartado segundo del artículo 3 del Reglamento vulnera las Directrices de Ordenación General y de las Directrices de Ordenación del Turismo aprobadas por Ley 19/2003, de 14 de abril , en concreto de la Directriz 8 y 9 que establecen que será el planeamiento insular el que establezca las zonas turísticas de la Isla, los ámbitos en que pueda desarrollarse actividades alojativas, sin que el reglamento esté legitimado para excluir a una concreta tipología extra-hotelera turísticas de las zonas y urbanizaciones turísticas.

El apartado segundo del art. 3 del Decreto 113/2015 vulnera el Plan Territorial Especial de Ordenación Turística Insular de Gran Canaria, en cuyo artículo 8 se establece que fuera de las zonas turísticas insulares descritas en el artículo 7 solo podrán autorizarse los usos turísticos previstos en el PIO:

Suelo urbano: hoteles y casas emblemáticas.

Suelo rústico: establecimiento de turismo rural y el parador nacional.

Y considera que el apartado segundo del art. 3 del Decreto impugnado vulnera la prohibición contenida en el PIO-GC de mezclar uso turístico con el residencial permanente.

QUINTO. Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 27 de noviembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia 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 de 25 de mayo de 2017 (rec. 99/2015) por la que se estimó el recurso interpuesto por doña Almudena



contra el art. 3.2 del Decreto 113/2015 por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias y se anuló el art. 3.2 y subapartado tercero del apartado IV del anexo 2.

Resulta preciso advertir con carácter previo que, como ocurrió en un asunto similar al que aquí nos ocupa, admitido a trámite mediante auto de 21 de diciembre de 2017 (RCA 3760/2017), se constata también en este caso 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. A diferencia de aquel, sin embargo, la Sala de instancia ha tenido por preparado, únicamente, el recurso de casación por infracción de normas estatales, emplazando a las partes ante este Tribunal Supremo. Así, mediante 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 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 seguido en este caso por la Sala de instancia, se corresponde con el que ya pusimos de manifiesto en el citado auto de 21 de diciembre de 2017 (RCA 3760/2017) por el que admitimos el recurso de casación promovido también por la letrada de la Comunidad de Canarias contra la sentencia que anulaba el mismo precepto, 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); alegando la Comunidad Autónoma de Canarias 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 desprendería que el recurso de casación "estatal" 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, 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.

Por ello, el interés casacional que se apreció al tiempo de admitir el recurso de casación estatal se circunscribía a determinar si 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 pretende limitar la oferta turística de viviendas (artículo 3.2) resulta, 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.

Este Tribunal en su STS nº 1766/2018, de 12 de diciembre de 2018 ha tenido ocasión de abordar este problema, dando respuesta a estas mismas alegaciones, por lo que debe reiterarse lo ya afirmado en dicha sentencia.

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.

Se trata 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 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 extra-hoteleros, 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.

TERCERO. Sobre las costas procesales.

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 segundo de esta sentencia, SE ACUERDA:

PRIMERO. Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno 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, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 25 de mayo de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 118/2015 .

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^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.