

El dudoso título competencial y la excesiva injerencia de los legisladores autonómicos en la regulación del uso turístico de las viviendas

HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

1. LA CESIÓN DE COMPETENCIAS DEL LEGISLADOR ESTATAL A LOS LEGISLADORES AUTONÓMICOS SOBRE LAS VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

La diversidad legislativa que conforma el actual marco del Alquiler de Viviendas de Uso Turístico (en adelante AVUT) en el ámbito autonómico arranca de la reforma operada en la LAU por la Ley 4/2013 de Medidas de Flexibilización y Fomento del Alquiler de Viviendas¹ (en adelante Ley 4/2013) que, si bien dejó vigente y sin cambio alguno el art. 3.2 LAU referente a los arrendamientos de temporada, modificó el art. 5 LAU añadiéndole un último apartado e) conforme al cual se deja excluida del ámbito de aplicación de la Ley “... *La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*”. Como afirma MORENO-TORRES HERRERA, el legislador estatal, al excluir del ámbito de aplicación de la ley arrendaticia ciertas cesiones temporales por considerarlas turísticas y remitir su regulación a la normativa sectorial turística, “va a impulsar la aparición y desarrollo de normas autonómicas dictadas para regular la actividad turística en este sector”, lo cual supone, en último término, el sometimiento del contrato de arrendamiento de temporada a un mayor número de normas de naturaleza imperativa o, en otras palabras, el establecimiento de nuevos límites a la libertad de pacto en la contratación entre particulares².

¹ Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013)

² MORENO –TORRES HERRERA, M.L.: “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”,

Podría pensarse que el legislador estatal actuó por razones de interés general, movido por la idea de que desde el sector autonómico podría afrontarse con mayores garantías y equilibrio la regulación de una figura con tantas y tan diversas implicaciones. El tiempo ha desvelado que el recurso al “interés general” y a los principios de lealtad y legalidad de acceso al mercado, solo han sido excusas utilizadas por los legisladores para dar cobertura legal a normativas acogidas con una finalidad muy distinta. Fue la presión ejercida desde el sector tradicional de alojamiento turístico, especialmente desde el sector hotelero, para someter a las empresas de alojamiento colaborativo y a los contratos de alojamiento en los que intervengan a la normativa sectorial turística, el motor principal que promovió la reforma³. El legislador estatal, utilizando los mismos argumentos que el sector hotelero, sustentados en la competencia desleal y en la oferta ilegal de viviendas, cedió a sus presiones⁴ y dejó sustraído del ámbito del derecho privado la actividad económica de determinadas empresas y de propietarios que, en pleno despegue de la economía colaborativa y valiéndose como instrumento de las nuevas tecnologías, vieron en el alojamiento de corta estancia en viviendas particulares un exitoso modelo de negocio sobre el que la industria hotelera exigía un control turístico⁵.

en *Viviendas de Uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.) GARCÍA MAYO, M (Coord.). Edit. Reus, Madrid 2018, pág. 194.

³ Así lo entiende también ROMÁN MÁRQUEZ al declarar que, al incrementarse los controles legales y burocráticos en los últimos tiempos, no sólo estén en juego “consideraciones puramente fiscales o económicas» sino que se adivina en todo ello “una iniciativa auspiciada por el lobby hotelero con intención de reducir la competencia”. ROMÁN MÁRQUEZ, A.: “Las viviendas particulares dedicadas a la actividad de alojamiento turístico. Su exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 6, 2014, pág. 10 <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4748546.pdf>. En el mismo sentido, HERRERO SUÁREZ, para quien la reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de Junio estuvo muy condicionada por la presión del lobby hotelero. HERRERO SUÁREZ, “Las viviendas de uso turístico; ¿el enemigo a abatir? Reflexiones sobre la normativa autonómica en materia de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios europeos*, núm. 70, julio-diciembre 2017, pág. 156.

⁴ En opinión de DOMÉNECH PASCUAL, G.: la actual regulación del sector de alojamiento turístico es, en gran medida, fruto de las diferentes presiones que los distintos grupos de afectados por ellas consiguen ejercer, en defensa de sus intereses, sobre las autoridades reguladoras. “Si, por tanto, aparecen nuevos actores, con intereses frontalmente opuestos a los de los sujetos implicados hasta hace poco, probablemente se alterará el juego de las presiones que dichas autoridades reciben y, en consecuencia, el contenido mínimo de la regulación resultante”. DOMÉNECH PASCUAL, “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017, pág.52. Disponible en:

http://www.academia.edu/36126984/La_regulacion_autonomica_y_local_de_las_viviendas_de_uso_turistico/

⁵ Para GONZÁLEZ CARRASCO la justificación de la exclusión del art. 5 LAU “no es sino un paso más hacia el pase por caja obligatorio de los arrendamientos de viviendas vacacionales celebrados entre particulares a través de normas autonómicas dictadas por las CCAA en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. Considera que la respuesta se encuentra en la pregunta oral del Grupo

La vía abierta por el legislador estatal a los legisladores autonómicos para hacerse con el control de las viviendas destinadas a prestar alojamiento para uso turístico no ha sido desaprovechada. Conscientes de que esta modalidad de alojamiento accede al mercado en competencia directa con la modalidad tradicional de alojamiento turístico operada por el sector hotelero, y movidos por la expansión y crecimiento alcanzado por las plataformas de alojamiento colaborativo, a raíz de la aprobación de la Ley 4/2013 se han lanzado a aprobar normativas específicas reguladoras de las Viviendas de Uso Turístico (en adelante VUT). Con contenidos dispares, heterogéneos y, en algunos casos, de difícil interpretación, actualmente, bajo distintas denominaciones, todas las Comunidades Autónomas (en

Revisión de pruebas Editorial Reus

Parlamentario *Unión Progreso y Democracia* en la Comisión de Industria, Energía y Turismo, de 2012(*BOCG*, serie D, núm. 59, de 21 de marzo de 2013) en relación con las medidas a adoptar por el Gobierno para la lucha contra el fraude en los alquileres de apartamentos en destino turístico y en la contestación escrita del Gobierno, según la cual los arrendamientos no declarados se señalaban como objetivo de atención preferente para el descubrimiento de rentas no declaradas (*BOCG*, serie D, núm. 237, de 12 de marzo de 2013). Véase GONZÁLEZ CARRASCO, C.: "El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler". Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: "Mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo") dirigido por Ángel Carrasco Perera. Centros de Estudio de Consumo.

adelante CC. AA.), salvo Cantabria⁶, Extremadura⁷, Murcia⁸ y Navarra⁹, tienen aprobadas en el sector turístico específicas normativas reguladoras de las VUT¹⁰.

⁶ Pendiente de aprobación un Decreto por el que se regulan las viviendas de uso turístico en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Disponible en:

<http://participacion.cantabria.es/documents/10711/143448/Borrador+decreto+de+regulaci%C3%B3n+de+viviendas+de+uso+tur%C3%ADstico+en+Cantabria/939c2aef05da-88d2-5208-1d3f5864fd9c>

⁷ En Extremadura, si bien no existe una normativa específica de las Viviendas de uso turístico ha sido aprobada la Ley 6/2018, de 12 de julio, *de modificación de la Ley 2/2011, de 31 de enero, de desarrollo y modernización del turismo de Extremadura* (DOE núm. 37, de 16 de julio de 2018).

⁸ Pendiente de aprobación un Proyecto de Decreto por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la Región de Murcia. La CNMC, a solicitud del Instituto de Turismo de la Región de Murcia, emitió un informe en el que se pronuncia sobre los efectos del Decreto en la competencia efectiva y en la regulación económica eficiente. IPN/CNMC/002/19. *Informe sobre el Proyecto de Decreto del Gobierno de la región de Murcia por el que se regulan las viviendas de uso turístico en la región de Murcia*, publicado el 7 de febrero de 2019. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/2300466.pdf>

⁹ Navarra, si bien carece de regulación específica de las viviendas de uso turístico, tiene aprobadas normas imponiendo obligaciones a las plataformas de alojamiento colaborativo. En este sentido, la Orden Foral 80/2014, de 25 de septiembre, del Consejero de Cultura, Turismo y Relaciones Institucionales, *por la que se establece la obligación de hacer constar el código de inscripción en el Registro de Turismo de Navarra en las acciones de promoción, publicidad y comercialización que realicen las empresas, establecimientos y actividades turísticas en medios on line*. (BON núm.194 de 3 de octubre de 2014).

¹⁰ *Andalucía*: Decreto de la Comunidad de Andalucía de 28/2016, de 2 de febrero, *de las Viviendas con fines turísticos y de modificación del Decreto 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos*.(BOJA, núm. 20, de 11 de febrero 2016); *Aragón*: Decreto 80/2015, de 5 de mayo, del Gobierno de Aragón, *por el que aprueba el Reglamento de las Viviendas de uso turístico en Aragón* (BOA núm. 90, de 14 de mayo de 2015); *Asturias*: Decreto 48/2016, de 10 de agosto, *de Viviendas vacacionales y Viviendas de uso turístico*, cit.; *Baleares*: Ley 6/2017, de 31 de julio, *de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas*, cit.; *Castilla-La Mancha*: Decreto 36/2018, de 29 de mayo, *por el que se establece la ordenación de los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico en Castilla-La Mancha* (DO. Castilla-La Mancha núm. 113, de 11 junio); *Canarias*: Decreto 113/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las viviendas vacacionales de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm. 101 de 28 de mayo de 2015); ORDEN de 13 de octubre de 2017, por la que se modifica el Anexo 2 del Reglamento de las Viviendas vacacionales de la Comunidad autónoma de Canarias, aprobado por Decreto 113/2015, de 22 de mayo (BOC núm. 204, de 23 de Octubre de 2017); *Castilla y León*: Decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León (BOCL núm. 33, de 17 de febrero de 2017); *Cataluña*: Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y viviendas de uso turístico (DOGC núm. 6268 de 05 de diciembre de 2012); *Comunidad de Madrid*: 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 (BOCM núm. 180, de 31 de Julio de 2014); Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el 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. (BOCM de 12 de abril de 2019; corrección de errores BOCM de 26 de abril de 2019); *Comunidad Valenciana*: Ley 15/2018, 7 de junio, de la Generalitat, *de turismo, ocio y hospitalidad de la Comunitat Valenciana*, cit., incluye entre las modalidades de alojamiento turístico las viviendas de uso

La intensa actividad legislativa desplegada por los legisladores autonómicos, lejos de ordenar y aclarar el panorama legislativo del AVUT, lo único que ha conseguido es provocar mayor confusión e inseguridad jurídica viniendo a conformar, como resultado final, un caótico escenario integrado por múltiples y heterogéneas normativas sometidas a continuas modificaciones y transformaciones que no siempre respetan los principios de proporcionalidad y eficiencia exigidos por la Unión Europea. Son normas poco equilibradas y excesivamente restrictivas, que no han servido para dar respuestas adecuadas a la compleja problemática que suscita el AVUT.

El caos legislativo actual debe ser corregido, y es al legislador estatal a quien le corresponde recuperar las riendas de una regulación que nunca debería haber salido de su ámbito. En línea con la posición mantenida por MAGRO SERVET, considero que es preciso afrontar una regulación de esta modalidad de alquiler a nivel nacional que resuelva los errores y lagunas cometidos por los legisladores autonómicos. En su opinión, “la economía colaborativa exige que estos alquileres estén regulados adecuadamente para poder intervenir en el mercado en competencia adecuada con la industria hotelera a través de una normativa que responda a los criterios exigidos en cualquier país de la Unión Europea de libre empresa y libertad de iniciativa económica¹¹.

Al margen de la maraña legislativa que conforma la diversidad de normas aprobadas en el ámbito autonómico, no puede obviarse el dudoso título competencial con el que el legislador autonómico ha ejercido su capacidad legislativa al haber regulado en el ámbito administrativo requisitos y exigencias de entidad civil, referidas al contenido jurídico privado del contrato de AVUT, para las cuales constitucionalmente no tiene atribuidas competencias.

turístico (Cfr. artículo 64 c)); *Galicia*: Decreto 12/2017, de 26 de enero, *por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico* (DOG núm. 29 de 10 de febrero de 2017); Instrucción interpretativa 1/2017, de 9 de mayo para la aplicación del Decreto 12/2017, de 26 de enero; *La Rioja*: Decreto 10/2017, de 17 de marzo, *por el que se aprueba el Reglamento General de Turismo de La Rioja en desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja* (BOR núm. 34, de 22 de marzo de 2017); *País Vasco*: Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo (BOPV núm. 152, de 11 de agosto de 2016).

¹¹ Cfr. MAGRO SERVET, V.: “Sobre la necesaria unificación en la regulación legal del alquiler vacacional y normativa autonómica”. Disponible en: <https://elderecho.com/sobre-la-necesaria-unificacion-en-la-regulacion-legal-del-alquiler-vacacional-y-normativa-autonomica>.

2. LA EXCESIVA INJERENCIA DEL SECTOR PÚBLICO EN LA REGULACIÓN DEL AVUT

El actual panorama legislativo del AVUT genera muchas dudas e interrogantes respecto al ámbito competencial de las CC.AA. en materia de ordenación del turismo: ¿Hasta qué punto las CC.AA. en el ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del turismo pueden limitar o prohibir el arrendamiento de sus viviendas a los particulares, imponiéndoles obligaciones, condiciones y requisitos que afectan directamente a sus derechos de explotación sobre los inmuebles? ¿La administración tiene potestad para intervenir limitando las facultades de uso de quien ostenta la titularidad de un bien inmueble mediante un derecho de propiedad? ¿Cuál debe ser la interacción de la normativa turística con la normativa civil? ¿Qué incidencia puede tener una normativa turística de ámbito autonómico de carácter administrativo en la regulación jurídico-privada del régimen de Propiedad Horizontal?

Para determinar la interacción de la normativa turística con la civil, y concretar la extensión de las materias sobre las cuales tienen competencias los legisladores autonómicos para regular la cesión temporal de viviendas para uso turístico, es preciso atender a la distribución de competencias acogidas en la Constitución entre el Estado y las CCAA¹². Con carácter general, el título competencial de las CC.AA. para regular el AVUT resulta condicionado por su calificación como contrato de arrendamiento civil o turístico. Tratándose de contratos de cesión temporal de uso de inmuebles que no conlleven prestación de servicios turísticos, nos encontramos ante un contrato civil, cuyo contenido jurídico privado solo puede ser regulado por el Estado¹³ al tratarse de una mate-

¹² Sobre la distribución de competencias en materia de turismo, véase, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “La distribución de competencias en materia de turismo”. *Revista de Documentación Administrativa*, números 259-260. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/issue/view/310>

¹³ Así lo entiende también MARTÍNEZ CAÑELLAS, para quien, a los fines de determinar la competencia autonómica para la regulación de esta modalidad contractual, “es esencial tener en cuenta la distinción civilista entre el contrato de arrendamiento de temporada y el contrato de alojamiento turístico que se basa, fundamentalmente, en la profesionalidad, habitualidad y, más concretamente, en la existencia de una prestación de servicios turísticos. Si tales servicios no se prestan, el contrato es de arrendamiento de temporada y la regulación turística administrativa no resulta aplicable.” MARTÍNEZ CAÑELLAS, A. “La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, núm. 15, 2017, págs. 171-172.

ria sobre la que el 149.1.8 CE atribuye, *en todo caso*, competencia exclusiva al legislador estatal¹⁴.

A este respecto, tal y como señala MORENO-TORRES HERRERO, es preciso tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas referidas a las viviendas turísticas: de un lado, las destinadas a regular la relación contractual; de otro, las que tienen por objeto la regulación de la actividad turística¹⁵. Ello nos sitúa frente a un completo panorama legislativo que, como advierten MURGA FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, obliga a deslindar los aspectos puramente administrativos del contrato, de aquellos civiles, ya que “la existencia de normativa sectorial no convierte al contrato (puramente civil) en administrativo, ni los requisitos impuestos por tales normas a estos contratos tienen incidencia alguna sobre la validez y eficacia del contrato. De esta forma, “el incumplimiento de estos requerimientos reglamentarios lleva aparejada la correspondiente sanción de carácter administrativo prevista en la propia norma, pero no hará el contrato en ningún caso ineficaz”. Destacan el equívoco en el que incurren algunos autores al considerar que el arrendamiento temporal de una vivienda con fines turísticos deja de ser un arrendamiento urbano de naturaleza civil, y pasa a ser considerado como alojamiento turístico, por efecto de la *vis expansiva* del Derecho Administrativo¹⁶.

Partiendo de lo expuesto, y al objeto concretar las materias referidas al AVUT sobre las que las CC.AA. pueden asumir competencias regulatorias, es preciso diferenciar entre aquellas que cuentan con una normativa específica en materia de viviendas de uso turístico y las que carecen de ella. Las primeras, en el ejercicio de las competencias que constitucionalmente tienen atribuidas en materia de ordenación del turismo, serán competentes para regular los aspectos administrativos referidos a la regulación y aplicación de la potestad sanciona-

¹⁴ Artículo 149. 1 CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...*

8. *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones juridico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial...*

¹⁵ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico...”, cit., pág. 195.

¹⁶ Como autores que incurre en este error citan, entre otros, a CANTERO CASTILLO, R.J: “Regulación de las viviendas turísticas en Andalucía”, *Actualidad Administrativa*, 2016, núm. 7. Cfr. MURGA FERNÁNDEZ, J.P. y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, A.: “La constitución de las viviendas de fin turístico: aspectos civiles y administrativos”, en *Viviendas de Uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.) GARCÍA MAYO, M (Coord.), Edit. Reus, Madrid 2018, nota 6, Pág. 59.

dora y a la función de inspección sobre este sector, lo que se denomina *disciplina turística*¹⁷. De forma distinta, será competencia del legislador estatal la regulación de los aspectos civiles referidos a la perfección, contenido, eficacia e ineficacia, así como al contenido contractual (derechos y obligaciones)¹⁸, que se regirán por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenidas en el Código Civil¹⁹. Ello supone aplicar la teoría general del contrato, “dando enorme juego a la autonomía de la voluntad de las partes, al tratarse de una regulación escasa y desfasada que incide particularmente en el contenido del contrato (derechos y obligaciones que deben asumir las partes)”²⁰. Por lo que respecta a las segundas, al no disponer de normativa específica sobre viviendas de uso turístico y, consiguientemente, no cumplir uno de los requisitos exigidos por el artículo 5e) para la exclusión, su marco regulatorio seguirá determinado por la LAU, y en lo no dispuesto por ella, por las disposiciones generales del contrato de arrendamiento de cosas contenidas en el CC.

El problema radica en que los legisladores autonómicos, en connivencia con el legislador estatal, y enmascarados en las competencias que tienen atribuidas en materia de ordenación del turismo, acogen en sus regulaciones sectoriales requisitos administrativos que inciden claramente en aspectos puramente civiles. Someten al control y regulación del derecho público aspectos jurídico-privados, generando una clara distorsión jurídica y un confuso y paradójico pano-

¹⁷ Por *disciplina turística* entienden MURGA FERNÁNDEZ, y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI la actividad de control y sanción desarrollada que desarrolla la Administración turística sobre los sujetos y actividades de este sector, *Ibidem*, pág. 58.

¹⁸ Así lo entiende el Pleno del TC en la Sentencia 28/2012, de 1 de marzo de 2012, al declarar que, “hemos de diferenciar cuidadosamente entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones interprivatas y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, pues las primeras constituirán reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil...” Pleno. STC 28/2012, de 1 de marzo (FJ5) (BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2012) En el mismo sentido: Pleno. STC 18/2016, de 4 de febrero de 2016 (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016).

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre declara: “la regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal..... (...) Igualmente, “la creación de derechos y obligaciones entre las partes –lo que es el contenido contractual– también es competencia estatal ...”.

¹⁹ Cfr. Artículos 1542 ss. CC.

²⁰ Cfr. MONTOYA MARTÍN Y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A.: “El régimen administrativo de las viviendas de uso turístico: la inspección y el régimen sancionador”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.) GARCÍA MAYO, M. (Coord.), Edit. Reus, Madrid 2018 “El régimen administrativo de las viviendas”, pág. 100.

rama regulador de los arrendamientos de temporada que recaigan sobre viviendas destinadas a un uso turístico²¹.

Como afirma SÁNCHEZ GONZÁLEZ, la regulación de los contratos de alquiler de viviendas vacacionales por la regulación sectorial autonómica responde a un mal entendido ejercicio competencial al haber sido dictada “haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución, o, al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas, llegando así a inmiscuirse en ámbitos reservados por el artículo 149.1.8º CE al legislador estatal, como es el que incide en la base de las obligaciones contractuales”. En su opinión, son normas dictadas por las CC.AA. “amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad –con el consiguiente perjuicio para las arcas generacionales– así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es el turismo”²². Distinto sería, como apunta MARTOS CALABRÚS, que la norma autonómica impusiera un deber a una parte contractual frente a la administración como, por ejemplo, con relación a la calidad que debe reunir una vivienda para su comercialización en venta o arrendamiento, “en cuyo caso es evidente que se ha influido en la regulación contractual, pero también que no se han creado obligaciones *inter partes*”²³.

En definitiva, la excesiva proliferación en el ámbito del Derecho Público de normas que se inmiscuyen en la forma de explotación de los inmuebles reglando determinadas cuestiones que, tradicionalmente, han quedado al

²¹ Así lo entiende SÁNCHEZ JORDÁN para quien “el resultado alcanzado por el legislador estatal es, como mínimo, paradójico. Así, si por una parte deja a los contratos contemplados en el art. 5.e) fuera del ámbito de aplicación de la LAU —lo que a mi juicio imposibilita que se consideren comprendidos entre los arrendamientos de temporada a los que se refiere el art. 3.2 LAU, a pesar de lo manifestado en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013—, por otra, la aludida falta de competencias en materia civil que puede predicarse de la mayor parte de las Comunidades Autónomas de nuestro país (entre las que, insisto, se encuentra la canaria) impide que normativa sectorial dictada por los Parlamentos regionales —salvo que sean competentes para legislar en materia contractual— pueda regular dicho contrato” SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: “La visión del propietario y arrendatario de viviendas vacacionales: algunas reflexiones sobre la normativa aplicable”, en SIMANCAS CRUZ, M.R., MAÑOSO VALDERRAMA, J.(Coord.) *La residencialización de las áreas turísticas de Canarias*, 2016. Págs. 114-134. Disponible en: http://www.pasosonline.org/Publicados/pasos_difunde/horizonte-turismo-canarias-vol-1.pdf, pág. 123.

²² SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “Arrendamientos de temporada vacacional versus alojamiento turístico extra hotelero”. *Revista de Derecho Privado* Sept. Octubre.2009. pág. 36.

²³ MARTOS CALABRÚS M.A. “El contrato de arrendamiento de vivienda vacacional tras la reforma del artículo 5 de la LAU por la ley 4/2013”. *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm.1(enero-marzo 2014). Ensayos, Pág. 93. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

amparo de la autonomía de la voluntad de las partes propician una, cada vez mayor, publicación del Derecho Privado²⁴. Así lo declara BLANQUER CRIADO para quien, “so pretexto de la ordenación del turismo, las CC.AA han materializado una importante publicación del Derecho Privado”, excediéndose de las competencias que constitucionalmente tienen atribuidas en el ámbito del sector turístico e invadiendo de forma clara competencias exclusivas del Estado en materia de Derecho civil²⁵.

Claro exponente de esta excesiva injerencia de las normas de Derecho Público en el ámbito de la autonomía privada es la normativa autonómica reguladora de las VUT dictada en el ámbito autonómico del sector turístico. Gran parte de su contenido invade materias que no corresponden a los legisladores autonómicos en el ejercicio de las competencias que tienen conferidas para la ordenación del turismo y que chocan, en algunos casos, con el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada y con la libertad de competencia. La libertad contractual de la que gozan los propietarios para regular el contenido de su contrato de arrendamiento, cuando se demuestre que conlleva una cesión de uso arrendaticia de naturaleza civil, no puede verse menoscabada por el legislador autonómico, so pena de dejar alterada la jerarquía de fuentes legales y la distribución de competencias establecidas constitucionalmente²⁶.

En definitiva, el panorama legislativo actual del AVUT está plagado de normas de dudosa constitucionalidad que, como advierte LÓPEZ BARBA, es preciso asumir que han venido para quedarse, “por lo que quizás habría que apostar, en adelante, por políticas autonómicas de cohesión, al menos en cuestiones determinantes para la protección de los destinatarios finales de los servicios y para facilitar la implantación de operadores económicos de ámbito internacional”²⁷.

²⁴ Sobre el tema, véase SOCIAS CAMACHO, J. M.: “Estado regulador y alojamiento colaborativo. El régimen de la intervención pública limitadora de la prestación del servicio”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018. Págs. 131-170.

²⁵ Cfr. BLANQUER CRIADO, D. *Derecho del Turismo*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 1999. Págs.421 y 422. En el mismo sentido, véase, DOMÍNGUEZ LUELMO, Prólogo, *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal...*cit. pág. 7; SÁNCHEZ JORDÁN, “La visión del propietario y arrendatario de viviendas vacacionales...”, cit. pág. 114

²⁶ En este mismo sentido se manifiesta AMENGUAL FELIÚ, para quien “la validez del contrato de temporada sometido a la LAU en modo alguno podría quedar sin efecto como consecuencia de una Disposición Autonómica, so riesgo de incurrir en su nulidad radical por un principio de jerarquía de fuentes legales y vulnerar o liquidar una prerrogativa sustancial del derecho de propiedad como constituye el uso que, de cara al arrendamiento, se haga del mismo”. AMENGUAL FELIÚ, B. “Arrendamientos de temporada y turísticos”. *Diario de Mallorca*, de 18 de agosto 2013.

²⁷ Cfr. LÓPEZ BARBA, E.: “Contenido del contrato de alojamiento turístico: derechos y obligaciones de las partes contratantes”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y*

Al margen de la diversidad y de la dudosa constitucionalidad de la actuación de los legisladores autonómicos, que han ejercido su capacidad legislativa en materia de AVUT excediéndose de las competencias que para la ordenación del turismo tienen constitucionalmente conferidas, es preciso destacar la heterogeneidad de las distintas normativas autonómicas reguladoras de las VUT. Como expresamente hace constar HERRERO SUÁREZ, la comparación de la normativa sobre alquiler vacacional en las distintas CC.AA., pone de manifiesto la ausencia total de una línea uniforme o, al menos, homogénea, en la ordenación de estos alquileres, tanto por lo que se refiere al propio concepto de vivienda turística, como a los requisitos que han de cumplir éstas para poder ser objeto de comercialización y explotación, así como a las sanciones derivadas del incumplimiento de la normativa²⁸.

Por otra parte, a la inseguridad jurídica que este caos legislativo promueve, hay que sumar la falta de cumplimiento, en algunos casos, de los principios de proporcionalidad y eficiencia recomendados, tanto desde la Unión Europea como desde la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMV).

3. LA DISPARIDAD Y FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LOS REQUISITOS Y LIMITACIONES IMPUESTAS POR LA NORMATIVA AUTONÓMICA AL AVUT

Al margen del debate acerca del título competencial y de la diversidad y heterogeneidad legislativa, es preciso destacar la falta de proporcionalidad de los requisitos y condiciones que las normativas sectoriales imponen para la explotación turística de las viviendas de uso turístico llegando, en algunos casos, no solo a limitar y restringir, sino a cercenar totalmente el derecho de propiedad individual y la libre competencia en el mercado²⁹. Los legisladores autonómicos justifican su excesiva intervención alegando diversas motivaciones, entre las que

fiscal, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.) GARCÍA MAYO, M. (Coord.). Edit. Reus, Madrid 2018, Pág. 271.

²⁸ HERRERO SUÁREZ, “Las viviendas de uso turístico; ¿el enemigo a abatir?”, pág. 157.

²⁹ Al respecto, se ha pronunciado la CNMC quien considera inadmisibles las numerosas trabas impuestas por las administraciones autonómicas al alquiler turístico, “las cuales han de ser analizadas desde los principios de necesidad y proporcionalidad”, dejando también constancia de la falta de fundamentación económica de las motivaciones alegadas en las distintas Exposiciones de Motivos. Cfr. CNMC. Resultados Preliminares sobre *Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*, cit. Pág. 78.

destacan: el “intrusismo y la competencia desleal”³⁰, el “presunto incumplimiento de las obligaciones fiscales”³¹, el “interés general” y la “función social” de la propiedad³², así como la garantía del derecho de los consumidores que, “cegados en cierto modo por la inmediatez y comodidad que Internet permite en la contratación de alquileres vacacionales, pueden no ser conscientes de los riesgos que asumen”³³, etc.

³⁰ La Exposición de Motivos del Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid señala “*la necesidad de acabar con situaciones de intrusismo y competencia desleal*”; igualmente, la del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, de las viviendas con fines turísticos de Andalucía, alega que “*en los últimos años se vienen produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal que van en contra de los destinos turísticos*”.

³¹ El Decreto 12/2017, de 26 de enero, de la Xunta de Galicia para la regulación de viviendas turísticas se afirma que “*las problemáticas más relevantes vinculadas a esta actividad son de diversa índole, impacto económico-social, fiscalidad y tributación, garantía y seguridad de las personas usuarias, calidad de la oferta, molestias generadas a los residentes y ciudadanos, intrusismo y competencia desleal, entre otras*”. En la misma línea, el Decreto 101/2018, de 3 de julio, de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico del País Vasco, declara que “*la aparición en el mercado de estos nuevos agentes se ha producido –en demasiadas ocasiones– a través de la llamada «economía sumergida», esto es, con incumplimiento de la normativa aplicable, especialmente en el ámbito fiscal. Dicha circunstancia, además de atentar contra la competencia en igualdad de condiciones con las demás empresas de alojamiento, daña también el interés general, al privar al erario público de unos recursos necesarios para el sostenimiento de los servicios públicos*”.

³² En este sentido, resulta especialmente significativa la Exposición de Motivos de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas, cit. una de las más restrictivas, al declarar expresamente que “*es cierto que el artículo 33 de la Constitución reconoce, en la sección de los derechos y deberes de la ciudadanía, el derecho a la propiedad privada, lo cual se podría considerar que concede el derecho a cualquier uso del inmueble, pero también es cierto que el derecho a la propiedad privada nace delimitado por su función social. Por ello, no tan solo diferentes configuraciones legales que tengan que ver con el urbanismo, la ordenación del territorio, el medio ambiente, etc., pueden limitar el derecho de propiedad, sino que también las relaciones de vecindad (como las comunidades de propietarios) pueden limitarlo por razones diversas. Estas razones pueden afectar incluso a derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la seguridad de los residentes habituales o el derecho al medio ambiente adecuado. En este sentido, se tiene que tener en cuenta que las personas usuarias de estancias turísticas irán cambiando cada pocos días o semanas; que tendrán acceso a zonas comunes y harán uso de ellas; que sus usos y dinámica horaria podrían no coincidir con los de los residentes habituales, etc...*”.

³³ La Exposición de Motivos del Decreto 92/2009, de la Comunitat Valenciana declara que “*Disponiendo de un terminal con conexión a la red un usuario medio puede tanto arrendar una vivienda como ofertarla en arrendamiento, sin que en ningún momento intervenga un tercero, público o privado, en la transacción. Esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, y como sería deseable, de un excelente servicio, de una óptima dotación de los inmuebles, ni de unas mínimas garantías para los usuarios, al tiempo que facilita la elusión de las normas, tanto turísticas como de otra índole, y dificulta la investigación de las infracciones administrativas que pudieran cometerse*”. (DOCV núm. 6051, de 7 julio 2009; rect. DOCV nº 6135, de 2 noviembre 2009, modificado por

Aun asumiendo que el establecimiento de unas garantías mínimas de calidad y seguridad para las personas usuarias³⁴ y la necesidad de controlar la problemática económica y social que del fenómeno del alquiler vacacional pudiera derivarse, otorgue en determinados casos cobertura jurídica a la injerencia de la administración en el ámbito privado limitando el derecho de propiedad³⁵, nada justifica el acogimiento de regímenes jurídicos-administrativos que imponen estrictos y “extravagantes” requisitos tales como, por ejemplo, el que las viviendas dispongan de aparatos de refrigeración fijo³⁶, perchas de material no deforma-

el art. 5 del Decreto 206/2010, de 3 de diciembre, del Consell, *por el que se modifican los decretos reguladores del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana*. DOCV núm. 6414 de 10 de diciembre de 2010).

³⁴ Este argumento es utilizado por algunos autores para justificar la aprobación de las normativas autonómicas reguladoras de las viviendas que ofertan el servicio de alojamiento turístico. En este sentido, véase, ROMÁN SÁNCHEZ, I.M., PAVLOVA, N. NIETO, J.L. Y BONILLO, D.: “La legislación sobre los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico en España. Comparativa por Comunidades Autónomas”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, núm. 3-4, 2017. Pág. 403.

³⁵ MORENO-TORRES HERRERA considera necesaria la regulación por varias causas, “todas las cuales se encuentran recogidas con claridad en el Decreto 28/2016, de 2 de febrero sobre viviendas con fines turísticos de Andalucía: la seguridad pública, la protección de los usuarios de servicios turísticos, la protección del medioambiente y del entorno urbano, así como la necesidad de eliminar la competencia desleal y luchar contra el fraude”. MORENO-TORRES HERRERA., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico...”, cit., Pág. 199.

³⁶ Esta exigencia es impuesta concretamente por el apartado d) del artículo 6 del Decreto de viviendas de Andalucía a tenor del cual: “*Las viviendas con fines turísticos deberán cumplir con los siguientes requisitos...d) refrigeración por elementos fijos en las habitaciones y salones, cuando el periodo de funcionamiento comprenda los meses de mayo a septiembre, ambos inclusive. Si el periodo de funcionamiento comprende los meses de octubre a abril, ambos inclusive, deberán contar con calefacción. este requisito no será exigible cuando la vivienda o el edificio en el que se integra esté catalogado como Bien de Interés cultural y el nivel de protección impida realizar algún tipo de obra, modificación o intervención que sea necesaria para cumplir con el requisito*” La proporcionalidad y justificación del precepto fue objeto de impugnación por la Federación Española de Asociaciones de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos Turísticos ante la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) del TSJ de Andalucía que, en Sentencia dictada el 29 de junio de 2018 procedió a anular el mencionado apartado d) por considerar que “*dicha exigencia no está amparada en norma de rango superior y carece de justificación, resultando desproporcionada, ocasionando una importante limitación a los interesados en acceder al mercado de las viviendas turísticas, bien por resultar innecesario en determinados casos este requisito, bien por resultar excesivamente costoso su instalación o mantenimiento, sin perjuicio de aquellos casos en los que directamente no sea posible*”. El fallo fue recurrido en casación por la Junta de Andalucía por considerar que infringe los principios de necesidad y proporcionalidad (artículos 5 de la Ley 20/2013 y 3.11 de la Ley 17/2009), y la competencia de la Comunidad Autónoma para la protección de los consumidores y usuarios (artículo 71 Ley Orgánica 2/2007), al no resultar desproporcionadas las exigencias impuestas por el apartado anulado,” pues en una Comunidad Autónoma como la andaluza, con unos regímenes de temperatura tan extremos y difícilmente soportables, tanto en verano como en invierno, el exigir una condiciones ambientales que aseguren no ya sólo el confort, sino unas con-

ble³⁷, portarrollos de papel higiénico³⁸, conexión wifi, etc.³⁹. Tales exigencias pueden resultar injustificadas⁴⁰ y desproporcionadas limitando en exceso, y sin respeto a los principios de proporcionalidad y necesidad, los derechos y facultades de uso y explotación de los propietarios sobre los inmuebles⁴¹.

Como advierte LENCE REJIA⁴², no en todo caso, ni cualquier circunstancia, alcanza suficiente entidad para justificar la intervención de la administración pública en el ámbito privado. Su actuación ha de ajustarse a los principios señalados ya que, de no ser así, podría conculcar gravemente y entrar en colisión con derechos de carácter individual como la libertad de establecimiento, la propiedad o la libertad de empresa. Más aún, podría considerarse contraria a los principios generales acogidos en el artículo 7 Código Civil relativos a la

diciones mínimas que permitan disfrutar de una vivienda habitable cuando se producen las mismas, no es en modo alguno desproporcionado” El recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Supremo en virtud de Auto dictado el 21 de enero de 2019. Al apreciar en la cuestión planteada “la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión” (Razonamiento Jurídico Tercero). ATS 527/2019 (Sala de lo Contencioso), de 21 de enero de 2009 (núm. de Rec. 6320/2018); en el mismo sentido, ATS 1827/2018 (Sala de lo Contencioso) de 5 de marzo 2018 (núm. Rec. 4960/2017).

³⁷ El Decreto 113/2015 de Canarias que las viviendas dispongan de perchas de material no deformable, de iluminación para la lectura junto a cada cama, de sistema efectivo de oscurecimiento en cada dormitorio (Cfr. artículo 10.2. apartados a, b y c).

³⁸ Cfr. Artículo 10 Decreto 113/2015 Canarias, cit.

³⁹ Cfr. Artículo 18.3. Decreto 79/2014 Comunidad de Madrid, cit. En el País Vasco, la actual regulación excluye el alquiler de una única vivienda turística y requiere la explotación de dos o más.

⁴⁰ Así lo considera HERRERO SUÁREZ para quien “Algunas de las restricciones impuestas resultan difícilmente justificables por razones de interés general y parecen obedecer más a la protección de los intereses particulares de los establecimientos hoteleros tradicionales. Esto puede dar lugar a situaciones discriminatorias en relación a los operadores económicos tradicionales, inhibir el desarrollo del proceso competitivo en los mercados y permitir situaciones de ineficiencia derivadas del parapeo de operadores económicos en una regulación administrativa excesiva y no siempre funcional”. HERRERO SUÁREZ, C.: “Las viviendas de uso turístico; ¿el enemigo a abatir? ...”, cit. Pág. 158; en el mismo sentido DOMÉNECH PASCUAL, “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico...”, cit. Pág.- 53.

⁴¹ Cfr. DESDENTADO DAROCA, E. ““Viviendas de Uso Turístico y Derecho Administrativo”, en *Los problemas jurídicos del Alojamiento colaborativo: un estudio interdisciplinar*, en colaboración con DÍAZ VALE, F. y LUCAS DURÁN, M., Documento de trabajo 198/2018. Fundación Alternativas, pág. 15 Disponible en: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/5e8204b23255e844dc8c08b26789debb.pdf#page=41

⁴² Cfr. LENCE REJIA, “La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas”, *Iustel, Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, octubre 2017, pág. 35. Disponible en:

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419196&d=1#nota13 Pág. 35.

buena fe y al abuso del derecho⁴³. Por otra parte, como advierte HERRERO SUÁREZ, si el objetivo de la intervención administrativa va dirigido a tutelar los intereses y derechos de los usuarios de los alojamientos turísticos, “existen mecanismos de Derecho privado que hacen inútil, innecesaria y desproporcionada estas soluciones. “No sólo la aplicación de los principios generales sobre responsabilidad contractual posibilita la resolución de los conflictos sobre incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones debidas por cada parte, sino que, sobre todo, la utilización de plataformas permite solventar las asimetrías informativas que justifican la imposición de requisitos y facilitan el intercambio entre usuarios de información fiable”. En su opinión, las limitaciones y restricciones impuestas por los legisladores autonómicos son difícilmente justificables”⁴⁴.

Por considerar que vulneran el derecho a la libertad de empresa y no cumplen los criterios de proporcionalidad, necesidad y mínima restricción, limitando en exceso los derechos de explotación y libertad de competencia, han sido objeto de impugnación diversas normas autonómicas reguladoras de las VUT⁴⁵. Destaca la actividad desplegada por las distintas Asociaciones de Viviendas y Apartamentos turísticos⁴⁶ que han interpuesto varios recursos solicitando la anulación de diversas normas autonómicas y, muy especialmente, la desplegada

⁴³ Artículo 7 del Código Civil: “1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

⁴⁴ Cfr. HERRERO SUÁREZ, “Las viviendas de uso turístico; ¿el enemigo a abatir? ...”, cit. Pág. 159

⁴⁵ Hasta el momento han sido objeto de impugnación directa las siguientes normativas autonómicas: el Decreto 79/2014, de 10 de julio, de la Comunidad de Madrid, cit.; el Decreto 20/2015, de 17 de abril, de Baleares, cit.; el Decreto 113/2015, de 22 de mayo, de la Comunidad Autónoma de Canarias, cit.; el Decreto 28/2016, de 2 de febrero de Andalucía, cit.; el Decreto 12/2017, de 26 de enero, de la Comunidad de Castilla y León, cit.

⁴⁶ La *Federación Española de Asociaciones de Viviendas y Apartamentos Turísticos* (FEVITUR) denunció ante la Comisión Europea las diferentes normativas promulgadas en las Comunidades de Galicia, Andalucía, Aragón, Cantabria, País Vasco, Madrid, Baleares, Canarias y los ayuntamientos de Madrid y Barcelona, por considerar que “limitan el derecho a la competencia de la actividad de las viviendas de uso turístico en dichos territorios”. En su opinión, “la dispersión normativa en las Comunidades Autónomas dificulta la unidad de mercado prevista en las normas comunitarias”. La denuncia de FEVITUR ante la Comisión Europea supone una ampliación de la presentada anteriormente por APTUR-Baleares contra la ley balear de 2012, una de las más restrictivas. Fuente: FEVITUR. <https://www.fevitur.com>

por la CNMC⁴⁷. Desde este organismo han sido destacadas las principales restricciones a la competencia que se observan en la regulación autonómica, exponiendo su valoración sobre ellas y señalando los distintos pronunciamientos dictados hasta el momento en los distintos recursos planteados⁴⁸.

⁴⁷ La impugnación de las normas autonómicas por parte de la CNMC encuentra apoyo en el artículo 5.4. de la Ley 3/2013, de 4 de junio, *de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (BOE núm. 134, de 05 de junio de 2013) a tenor del cual: “...4. En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados...”.

⁴⁸ Véase *Estudio sobre la regulación de las Viviendas de uso turístico en España* (E/CNMC/003/18), cit. Entre las principales restricciones a la competencia que se recogen en el estudio destacan las siguientes: a) La exigencia conjunta de presentar la declaración responsable y realizar la inscripción en un registro, condicionando el inicio de la actividad a la confirmación por la administración de la inscripción en dicho registro. A juicio de la CNMC este tipo de declaración y registro “supone someter la actividad de alquiler de viviendas de uso turístico a un régimen de autorización administrativa, de conformidad con los artículos 4.6 y 9 y el considerando 39 de la Directiva 2006/123, así como de los art. 3.8 y 5 de la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” (Cfr. Págs.41ss. E/CNMC/003/18). Como hace constar GONZÁLEZ-DELEITO sobre este extremo hay sentencias contradictorias de forma que, mientras que algunas han confirmado la legalidad de las normativas que exigen la comunicación y el registro como medidas tendentes a la protección de los usuarios (STSJ de Madrid, núm. 292/2016, de 31 de mayo), otras consideran que el registro es ilegal porque priva a la declaración responsable de la virtualidad de habilitar el comienzo de la actividad desde el mismo día de su presentación (STSJ de Canarias núm. 41/2017 de 21 de marzo).

b) Establecimiento de número máximo o mínimo de días de estancia por la que se puede ceder una vivienda de uso turístico. A juicio de la CNMC “la limitación del número de días no responde a la existencia de ningún fallo del mercado, pero tiene como efecto la protección de los incumbentes frente a la competencia potencial, ya que, de esta forma, se evita la entrada de nuevos competidores en un segmento del mercado”. (Cfr. Pág.43 ss. E/CNMC/003/18) Sobre este extremo se ha pronunciado el TSJ de Madrid en las sentencias núm. 291 y 292/2016, de 31 de mayo (núm. Rec 1165/2014), declarando que “lo que se desprende de tal limitación es la restricción de la competencia...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 otras modalidades de alojamiento en relación con las cuales no se establece limitación temporal alguna”.

c) La distinción entre proveedores particulares y profesionales de alojamiento turístico, que se establece en algunas normativas en atención a criterios temporales (número de días de alquiler al año) y/o cuantitativos Según la CNMC “la distinción entre proveedores particulares y profesionales en función de la estancia restringe la oferta por el efecto que tiene sobre muchos propietarios, que preferirán retirar sus viviendas del mercado una vez alcanzada la duración máxima, para ser considerados proveedores particulares, y así evitar incurrir en los costes adicionales que supone prestar el servicio de alojamiento como profesionales (por ejemplo, exigencia de licencia), lo que se traduciría en un incremento de los precios”(Cfr. Págs. 44 ss. E/CNMC /003/18).

Entre las limitaciones y restricciones más cuestionadas, cuya legalidad y constitucionalidad ha sido puesto en entredicho un mayor número de veces obligando a los tribunales a intervenir con frecuencia para determinar si procede o no su impugnación y consiguiente declaración de nulidad, destacan las siguientes: la denominada “zonificación” o limitación urbanística que deja excluido el AVUT en determinadas zonas turísticas, atendiendo a la ubicación de las viviendas⁴⁹, la exigencia del alquiler íntegro de la vivienda, prohibiendo su arrenda-

d) Prohibición de alquiler por estancias. Advierte la CNMC que “este requisito constituye una barrera de entrada al mercado y limita el número de plazas de alojamiento ofrecidas en el mercado...En primer lugar, esta restricción impide de manera automática que un propietario o titular del inmueble, permanezca o no en su vivienda, sea esta habitual o no, pueda alquilar aquellas habitaciones que no están siendo utilizadas para uso turístico. Esta posibilidad forma parte del propio marco de la libertad personal y libertad de empresa e implica una asignación más eficiente, desde un punto de vista tanto estático como dinámico, de los recursos infrautilizados (en este caso, las estancias no habitadas/utilizadas de la vivienda....En segundo lugar, la posibilidad de ofertar diversas estancias en lugar de la vivienda en su totalidad supone, en general, el acceso a un alojamiento a un precio inferior al de la vivienda completa, por lo que la exclusión de esta posibilidad priva a los usuarios de poder acceder a una oferta de alojamiento turístico más variada y a menor precio” (Cfr. Págs. 46 ss E/CNMC /003/18).

e) Obligación de que el propietario de la vivienda conviva con el usuario al que alquila una habitación de una vivienda de uso turístico. Como declara la CNMC, “Esta restricción dice tener como objeto la protección de los inquilinos ante posibles problemas de convivencia con otros usuarios derivados de compartir las zonas comunes de la vivienda (por ejemplo, aquéllos derivados de la limpieza y conservación de dichas zonas) ...Sin embargo no responde a un verdadero fallo de mercado (principio de necesidad). En primer lugar, esta restricción asume que los pisos turísticos generan, de manera inherente, más problemas que los que no se derivan a este uso (desconociendo la existencia de otros usos que pueden ser más problemáticos como pisos compartidos, de estudiantes, con animales...) Cfr. Pág. 47 ss. E/CNMC /003/18).

d) El establecimiento de requisitos técnicos y equipamientos mínimos de las viviendas de uso turístico. En opinión de la CNMC “El establecimiento de características mínimas de un alojamiento, tales como persianas en las ventanas, climatización, servicio Wifi, limpieza en la casa, servicio de guía turístico, etc. pueden ser elementos demandados o valorados positivamente por parte de un conjunto de usuarios. En dicho caso, éstos estarían dispuestos a pagar un precio por ellos. Se debería tratar, por tanto, que los oferentes, tradicionales o nuevos entrantes, den transparencia y credibilidad al tipo de servicios de valor añadido que pueden ofrecer.

Estos requisitos elevan los costes de entrada, obstaculizan la diferenciación y limitan la competencia en variables precio y no precio. Aquellos propietarios que quieran diferenciar su vivienda a través de una mayor calidad o mejores servicios deben poder competir libremente²⁰⁵. En ningún caso deberían constituir este tipo de servicios de valor añadido una obligación para su puesta a disposición en las plataformas, en alquiler o intercambio, de la misma manera que no son exigibles para la residencia permanente...” (Cfr. Pág. 56 ss E/CNMC/003/18).

Un resumen del Estudio y de las principales restricciones destacadas por la CNMC puede encontrarse en GONZÁLEZ-DELEITO, N.: “El posicionamiento de la CNMC frente a la regulación de las viviendas turísticas” La Ley digital 11557/2018.

⁴⁹ En relación con el límite de la “zonificación”, declara ARANA GARCÍA que “Mediante la técnica de la calificación urbanística y de la modificación de los usos del planeamiento se están introduciendo limitaciones muy contundentes al fenómeno del alojamiento turístico que colisionan o

miento por habitaciones⁵⁰, y la limitación del número de días de estancia⁵¹. Respecto a las dos primeras, la denominada “zonificación” y la exigencia de alquiler íntegro, tuvo ocasión de pronunciarse el TSJ de Canarias en la Sentencia de 21 de marzo de 2017⁵² a propósito de sendos recursos planteados por *la Federación Española de Viviendas de Uso Turístico y Apartamentos* (FEVUTA) y por la CNMC, solicitando la impugnación del artículo 3.2 del Decreto 113/2015, de Canarias, que dejaba excluidas a las viviendas vacacionales en las zonas turísticas, y del 12.1 que exigía el alquiler íntegro de las viviendas vacacionales, impidiendo su arrendamiento por habitaciones. El Tribunal estima el recurso y anula ambas limitaciones considerando que la intervención administrativa no resulta justificada y vulnera la libre oferta de servicios”. Respecto a la “zonificación”, declara que “excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de Turismo”, señalando que «infringe claramente la libertad de empresa y de prestación de servicios limitando la oferta turística sin justificación eficiente. El fallo ha sido recientemente confirmado por la Sala de lo Contencioso del TS en la Sentencia de 15 de enero de 2019⁵³.

pueden colisionar con derechos de carácter individual como la libertad de establecimiento, la propiedad o la libertad de empresa”, ARANA GARCÍA, E.: “La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma* (REALA), Nueva Época, núm. 10, octubre 2018.

⁵⁰ Esta limitación es considerada especialmente absurda por DOMÉNECH PASCUAL para quien, “si bien podría estar justificada hace algunos años, a fin de proteger a ciertos usuarios frente a la sorpresa de descubrir *in situ* que tenían que compartir piso con el propietario de la vivienda o con otros extraños. Sin embargo, hoy en día, es difícil que tal modalidad de alojamiento pueda defraudar las expectativas de los usuarios, cuando a estos les resulta sumamente sencillo y asequible saber que están alquilando una habitación en un piso compartido, y muchas veces, eso es precisamente lo que están buscando”. DOMÉNECH PASCUAL, “La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico...”, cit. Pág. 55. Sobre la normativa aplicable al alquiler de viviendas de uso turístico, véase, FUENTES- LOJO LASTRES, A.: “Normativa aplicable al contrato de arrendamiento de habitaciones”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 12 de junio de 2018. <https://online.elderecho.com/>

⁵¹ Véanse, por ejemplo, artículo 66 Decreto catalán 159/201, cit.; artículo 2.2. Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid, cit.; artículo 2 a) Decreto 13/2015 de Canarias, cit.; artículo 50.15 de la Ley balear 8/2012 (redactado según la Ley balear 6/2017), cit. El artículo 2.2. del Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid fue anulado por el TSJ de Madrid en la Sentencia de 31 de mayo 2016 (núm. Rec. 1165/2014).

⁵² Sentencia 1481/ 2017, TSJ de Canarias, cit.

⁵³ STS, (Sala de lo Contencioso) 257/2019, de 15 de enero (núm. Rec. 6255/2017) Roj: STS 257/2019.