

INFORME DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOBRE LA COMUNICACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA AL ALQUILER PARA USOS TURÍSTICOS DE VIVIENDAS EN BALEARES (UM/125/17).

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El día 20 de agosto de 2017 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (SECUM) un escrito por el que un particular comunica determinados obstáculos relacionados con la aplicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM) de conformidad con lo previsto en su artículo 28.

La comunicación de obstáculos se dirige contra la exigencia de declaración responsable de inicio de actividad turística y posterior denegación en el correspondiente registro insular de empresas, actividades y establecimientos turísticos por parte de la Consejería de Innovación, Investigación y Turismo del Gobierno de las Illes Balears.

En concreto, el comunicante de los obstáculos a la aplicación de la LGUM pone en conocimiento de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado que es titular de 2 apartamentos situados en un edificio con múltiples unidades de alojamiento en el que uno de los propietarios explota las 180 suyas en forma de hotel a través de una empresa. Tras la entrada en vigor 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, se permite en esa comunidad autónoma el alquiler de viviendas sometidas al régimen de propiedad horizontal con fines turísticos. No obstante, dicha posibilidad se limitaría a las viviendas de uso residencial ubicadas en zonas declaradas aptas de forma expresa.

La Consejería de Innovación, Investigación y Turismo del Gobierno de las Illes Balears estaría impidiendo (no se acompaña acto alguno) la comercialización de los apartamentos del comunicante al imponer una moratoria de un año y posteriores limitaciones que le afectarían directamente. Es por ello que la única posibilidad que le cabría sería ceder la explotación a la empresa que comercializa el resto de apartamentos del edificio.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Régimen jurídico de las viviendas que permiten estancias turísticas en Illes Balears.

Tras la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, la cesión temporal del uso de una vivienda en condiciones de uso inmediato y su promoción en canales de oferta turística con finalidad lucrativa quedó excluida de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU).

La Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears, se refiere a las empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas en el capítulo IV del Título III y prohíbe en su redacción inicial la oferta como alquiler turístico de las sometidas al régimen de propiedad horizontal.

En la redacción dada al artículo 50.3 de la Ley del Turismo de Baleares por 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, exige que las viviendas comercializadas tengan uso residencial y se encuentren ubicadas en zonas declaradas aptas de manera expresa tras el procedimiento legalmente habilitado.

La declaración de aptitud se realizará de acuerdo con el correspondiente Plan de Intervención en Ámbitos Turísticos (PIAT), que tienen la consideración de planes directores sectoriales cuyo objeto es el de regular el planeamiento, la ejecución y la gestión de los sistemas generales de las infraestructuras, los equipamientos, los servicios y las actividades de explotación de recursos en el ámbito de la ordenación turística, de acuerdo con el capítulo III del título II de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de ordenación territorial de las Illes Balears. En concreto, se dispone que los PIAT tienen que establecer los criterios para la delimitación de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial. Sobre la base de estos criterios, los ayuntamientos tienen que implantar las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas residenciales incorporando la delimitación al planeamiento urbanístico respectivo mediante la correspondiente documentación cartográfica.

La DT Quinta de la Ley 6/2017 establece un plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley para que se produzca la delimitación de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, transcurrido el cual sin que se haya materializado la citada declaración de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, podrán presentarse las declaraciones responsables para comercializar estancias turísticas en

viviendas de uso residencial, pero solo para viviendas unifamiliares aisladas, viviendas unifamiliares entre medianeras o viviendas unifamiliares aparejadas.

No obstante, el artículo 75.3 de la Ley 6/2017 también señala que mientras los consejos insulares no desarrollen mediante los PIAT en relación con la delimitación de las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, los entes insulares podrán declarar y delimitar provisionalmente a través de un acuerdo del pleno las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial, que pueden diferenciar por tipologías edificatorias. Este acuerdo se tiene que publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* y regirá hasta que los ayuntamientos establezcan la delimitación respectiva en el planeamiento urbanístico municipal. A tal efecto, se prevé un procedimiento que incluirá un trámite de información pública y el informe de los ayuntamientos.

La anterior regulación supone, en opinión del comunicante, una moratoria de al menos un año para la comercialización de sus apartamentos y el riesgo de que los suyos no se encuentren en las zonas habilitadas cuando se delimiten las zonas en las que se permita esa actividad.

II.2) Régimen jurídico de los apartamentos turísticos en las Illes Balears.

Junto a las “viviendas con uso turístico”, que son aquellas en principio ideadas para uso residencial pero que prestan servicios de alojamiento turístico que se alterna con el uso propio, la Ley del Turismo de Baleares regula los “apartamentos turísticos” cuya comercialización es una de las actividades propias de las empresas turísticas de alojamiento.

Los apartamentos turísticos, así como el resto de establecimientos enumerados en el artículo 31 de la citada Ley, están sujetos a los principios de uso exclusivo y unidad de explotación. El primero supone que el proyecto inicialmente autorizado, o sobre el que se ha presentado la declaración responsable de inicio de actividad o comunicación previa, se somete exclusivamente al uso turístico solicitado.

Por su parte, según el principio de unidad de explotación (artículo 33 de la Ley del Turismo de Baleares), la actividad turística de alojamiento se somete a una única titularidad de explotación ejercida en cada establecimiento y supone la afectación a la prestación del servicio de alojamiento turístico de todas las unidades de alojamiento integrantes de la edificación cuando éstas se encuentran en régimen de propiedad horizontal.

Según los datos aportados por el comunicante, sus apartamentos tendrían la consideración de “apartamentos turísticos”, y no de “viviendas de uso turístico”, por cuanto que, tal y como señala, carecen del uso residencial que

es propio de éstas, aunque se alterne con el turístico. En este sentido, la actuación de la administración, negando, al parecer, la inscripción como vivienda de uso turístico de los apartamentos del comunicante, parece ajustarse a la normativa por la propia naturaleza no residencial de estos.

II.3) Análisis de la reclamación desde la perspectiva de los principios de garantía de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Mediante la presentación de una declaración responsable para la comercialización de las estancias como “vivienda de uso turístico”, el comunicante parece intentar evitar la aplicación del principio de unidad de explotación que afecta a sus apartamentos turísticos, al encontrarse en un edificio en el que otra empresa explota un gran número de unidades.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, debe analizarse si los obstáculos comunicados se ajustan a los principios y garantías de las libertades protegidas por la LGUM y a la luz del principio de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución Española.

Así, de acuerdo con el artículo 5 de la LGUM, relativo al principio de necesidad y proporcionalidad, cuando las actuaciones de las autoridades competentes en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio 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. Además, cualquier límite o requisito deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

El listado previsto en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 es el siguiente:

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.

Por su parte, el artículo 9 de la citada Ley 17/2009 también indica expresamente que todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deben, entre otros criterios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general y ser proporcionados a ella.

Dicho precepto traspone, en similares términos, la previsión del artículo 9 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, según el cual la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general.

En este caso, la actuación consiste en obligar a los propietarios de apartamentos turísticos de un mismo edificio a explotarlo bajo una única titularidad de gestión.

La cuestión ya fue analizada por la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado en su informe de 20 de febrero de 2015 (referencia 28/1501), en el que consideraba que la regulación vigente en ese momento (y que en esencia, persiste –“principio de unidad de explotación”-) no era necesaria en relación a la razón imperiosa de interés general que se pretende proteger (los derechos de los usuarios de servicios turísticos) ni proporcional, pues cabría soluciones más respetuosas con las libertades económicas que no supusieran la prohibición absoluta del alquiler turístico de los apartamentos de particulares.

Asimismo, la SECUM proponía la continuación de los procedimientos de coordinación interadministrativa con las Comunidades Autónomas, que ostentan la competencia exclusiva en materia de ordenación turística, para la adaptación de las normas reguladoras a la modificación efectuada en la LAU para excluir de su ámbito de aplicación el alquiler de inmuebles para usos turísticos.

A juicio de esta Comisión, y compartiendo la opinión expresada por la SECUM, toda restricción o barrera injustificada en el mercado de alquiler turístico que limite el número de operadores presentes en un mercado o su capacidad para competir, o que eleve los costes de entrada, reduciendo el número de potenciales competidores, debería estar justificada en términos de necesidad y proporcionalidad.

En el presente asunto, la medida cuestionada consiste, en esencia, en la prohibición de alquilar con fines turísticos viviendas independientes en edificios de apartamentos explotados por una empresa, en aplicación del principio de unidad de explotación.

Este último principio figura en diversas normas autonómicas, aunque de distinto modo:

- En algunos casos, el principio de unidad de explotación se entiende como el sometimiento de la actividad turística de alojamiento en una parte de un edificio o, incluso en edificios distintos, a una única titularidad empresarial. En estos casos sería posible, en principio, que un particular destine al alquiler turístico un apartamento independiente de un edificio dedicado, en parte, a la explotación de apartamentos turísticos bajo el principio de unidad de explotación¹.
- En otros casos, como sucede en las Illes Balears, el principio de unidad de explotación suele estar vinculado al de uso exclusivo. Es decir, el inmueble entero se destina a alquiler turístico y se explota por una única empresa. En el caso de que, de forma excepcional, existan unidades de alojamiento en un inmueble distintas de las del establecimiento de alquiler turístico, la explotación de dichas unidades independientes sólo podría realizarse por la empresa explotadora del establecimiento turístico².

En primer lugar, debe señalarse que, a juicio de esta Comisión, el principio de unidad de explotación vinculado al uso exclusivo no se ajusta a los principios de garantía de las libertades económicas protegidos por la LGUM, en la medida en que supone una exigencia que limita la iniciativa económica y que no contiene una justificación razonable fundada en una razón imperiosa de interés general.

En todo caso, la concreta medida (es decir, impedir que el dueño de dos apartamentos turísticos situados en el mismo edificio que otras 180 unidades

¹ Es el caso de Madrid (artículo 3 del Decreto 79/2014, de 10 de julio); País Vasco (artículos 1 y 2 del Decreto 198/2013, de 16 de abril, por el que se regulan los apartamentos turísticos); Navarra (artículos 2 a 4 del Decreto Foral 230/2011, de 26 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de Apartamentos turísticos en la Comunidad Foral de Navarra); o Valencia (artículo 2.2 del Decreto 91/2009, de 3 de julio, que aprueba el Reglamento de Alojamientos Turísticos de la Comunidad Valenciana, según el cual podrá solicitarse la clasificación como conjunto de viviendas turísticas cuando se supere el cincuenta por ciento de los alojamientos de un edificio).

² Así sucede, además de en Baleares, en Andalucía (artículo 5 del Decreto 194/2010, de 20 de abril, sobre establecimientos de apartamentos turísticos) y en Cantabria (artículo 2 del Decreto 82/2010, de 25 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento turístico extrahotelero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria). En Cataluña y en Galicia también se exige que el edificio de apartamentos ocupe un edificio completo (artículo 37 del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, sobre establecimientos de alojamiento turístico y viviendas de uso turístico y artículos 54 y 64 de la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de Turismo de Galicia).

los comercialice y obligarle, en su caso, a ceder la gestión a la empresa que lo hace con esas otras) no estaría justificada en criterios de necesidad y de proporcionalidad. De hecho, podría producirse una desigualdad en el trato respecto de dichos propietarios y la empresa que gestiona el establecimiento pues, en todo caso, tampoco tendrían la totalidad de las unidades del mismo edificio, infringiendo igualmente el principio de unidad de explotación, sin que ello suscite quebranto de la supuesta razón imperiosa de interés general que con la restricción se pretende salvaguardar.

En particular, en el caso objeto de informe, ni la Ley 8/2012 de las Illes Balears, ni la Ley 6/2017, que la modifica, aclaran cual es la razón de interés general a proteger por la medida adoptada, ni aclaran la relación entre un supuesto interés general y dicha medida. En el caso de que este fuera la protección de las personas usuarias de los alojamientos turísticos (y, en concreto, su salud o seguridad), no se justifica por qué el criterio de unidad de explotación sería la única manera de proteger éstos ni por qué se descartan otras soluciones intermedias menos limitativas de la iniciativa económica de los diferentes operadores.

En parecidos términos se pronuncia el Defensor del Pueblo en su recomendación de fecha 7 de abril de 2015³, tras la reclamación de la misma persona que ha solicitada la emisión del informe al que se refiere el artículo 28 de la LGUM. El Defensor del Pueblo considera en su recomendación que la intervención administrativa descrita en este informe afecta a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución (al establecer condicionantes para el libre ejercicio de su actividad) y al derecho de propiedad reconocido en el artículo 33, en la medida en que se impide al propietario de un apartamento turístico el ejercicio de determinadas facultades dominicales de disposición. Estos derechos han de interpretarse en relación con el principio de dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 de la Constitución, que implica reconocer a cada individuo la autonomía de tomar libremente las decisiones de cómo ganarse la vida.

Ya que los derechos implicados tienen rango constitucional, toda potestad de intervención que recorte su alcance ha de justificarse en razones objetivas de interés general dignas de tutela preferente. Además, habrán de respetar el principio de proporcionalidad, de manera que toda restricción sea la mínima imprescindible para alcanzar el fin de interés general perseguido.

También razona el Defensor del Pueblo que la obligación de ceder el alquiler del apartamento a la empresa que comercializa el resto de los apartamentos del edificio no va a redundar en una mejor planificación urbanística, pues el

³ <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/prohibicion-de-alquiler-de-apartamentos-turisticos-por-particulares-en-las-illes-baleare-2/>

uso (turístico) será el mismo aunque la gestión sea única, ni va a contribuir a eliminar las molestias a los vecinos, dado que ya conviven con turistas, ni va a evitar la sobreoferta en las Islas. A su juicio, el único efecto que va a producir es el recorte de los derechos de propiedad y libertad de empresa al ciudadano en beneficio de una empresa y sin contribución positiva alguna para el interés general.

Como conclusión, a juicio del Defensor del Pueblo, no se aprecian razones de interés general por las cuales un ciudadano deba necesariamente ceder el alquiler turístico de su apartamento a una empresa, en lugar de hacerlo por sí mismo.

Es por ello que recomienda:

En los supuestos de inmuebles en que, como en el caso descrito, convivan en un mismo bloque el uso residencial y turístico, permitir a los particulares ofertar directamente sus viviendas como alquiler turístico, sin exigir el requisito de unidad de explotación.

Esta Comisión, desde la perspectiva de los principios recogidos en la LGUM, comparte asimismo el anterior razonamiento y coincide en que la medida es innecesaria, no se justifica en la protección de una razón imperiosa de interés general y, de hecho, la norma balear no contiene una justificación que permita el análisis de necesidad y proporcionalidad que exige toda medida restrictiva de la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios. Pero, incluso, si la misma debiera entenderse implícita, se aprecia un carácter desproporcionado a la vista del objetivo perseguido y la ausencia de análisis de alternativas para conseguirlo.

Finalmente, debe señalarse que la aplicación del principio de unidad de explotación puede suponer una infracción del artículo 11.1 de la 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que dispone en sus letras b) y c) que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditarse a requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una determinada forma jurídica o a la participación en el capital de una sociedad, en concreto la obligación de disponer de un capital mínimo para determinadas actividades o tener una cualificación específica para poseer el capital social o gestionar determinadas sociedades.

La aplicación de este principio supone que los propietarios de unidades de un mismo edificio han de ponerse de acuerdo para nombrar un único gestor en quien delegar el ejercicio de la actividad, lo que no solo condiciona la forma de prestar el servicio de alojamiento, sino que excluye del mercado a los propietarios, que se ven obligados a ceder la gestión a una única empresa

explotadora, incluso cuando ésta es elegida por copropietarios con una mayor número de unidades.

III. CONCLUSIÓN

A juicio de esta Comisión, y de acuerdo con los principios que recoge la LGUM, la incorporación del principio de “unidad de explotación” de apartamentos turísticos en régimen de propiedad horizontal, tal y como viene previsto en la Ley 8/2012, de 19 de julio, de turismo de Baleares, en su redacción introducida por la Ley 6/2017, de 31 de julio, resulta restrictivo para la competencia, en la medida que no viene acompañado de una justificación sobre la base de los principios de necesidad y proporcionalidad que permita justificar la restricción que aquel principio supone para el ejercicio de actividades económicas.