



Roj: **STSJ M 920/2021 - ECLI:ES:TSJM:2021:920**

Id Cendoj: **28079330012021100037**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/01/2021**

Nº de Recurso: **862/2018**

Nº de Resolución: **18/2021**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### **Sección Primera**

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009710

**NIG:** 28.079.00.3-2018/0015359

Procedimiento Ordinario **862/2018**

**Demandante:** COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

PROCURADOR D./Dña. RAMON RODRIGUEZ NOGUEIRA

**Demandado:** AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

**PLENO 1/2020**

**SENTENCIA N° 18/2021**

Presidente:

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Magistrados:

**D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO**

**D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS**

**D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA**

**D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER**

**Dña. MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO**

**D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO**

**Dña. MARÍA PRENDES VALLE**

En la Villa de Madrid a catorce de enero de dos mil veintiuno.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Pleno Jurisdiccional compuesto por los/as Magistrados/as integrantes de las Secciones Primera y Segunda antes expresados/as, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el Número **862/2018** y seguido por el Procedimiento Ordinario, en el que se impugnan las siguientes actuaciones:



-Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOUM) de fecha 23 de enero de 2018 en el particular relativo al Tema N° 349, referente a la "interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico".

-Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 por el que se dispone "suspender la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, con el alcance que se detalla" y en los ámbitos que precisa.

-Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018 por el que se aprueba inicialmente el Plan Especial de Regulación del Uso de Servicios Terciarios en la clase de Hospedaje, Distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa-Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera (PEH). Ello en el particular relativo a su apartado 4º, por el que se dispone "suspender la realización y el otorgamiento de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades en el ámbito del Plan Especial, que pudieran resultar afectadas por sus determinaciones".

Habiendo sido parte demandada en las presentes actuaciones el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado y asistido por el Letrado Consistorial Sr. Cabrero Martínez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- Tuvo entrada en esta Sala escrito por el que el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira, actuando en la representación que de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA ostenta y bajo la dirección de la Letrada Sra. Rodríguez Paraja, interpuso recurso contencioso-administrativo contra las dos primeras actuaciones descritas en el encabezamiento. Dicho recurso quedó registrado con el Número **862/2018** y fue ulteriormente ampliado al tercer Acuerdo señalado. Igualmente, se denegó la acumulación a los presentes autos de los seguidos como Procedimiento Ordinario nº 945/2018 y que había sido interesada por la asociación MADRID ALOJA, Asociación de particulares, pequeños propietarios y gestores de viviendas de alquiler turístico.

**SEGUNDO.**- En el escrito de demanda, presentado en fecha 28 de septiembre de 2018 y ampliado el 28 de diciembre de 2018, se solicitó de este Tribunal el dictado de Sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO.**- Por su parte, la demandada, en el escrito de contestación presentado en fecha 21 de febrero de 2019, y con base en los hechos y fundamentos de derecho en el mismo contenido, interesó el dictado de Sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de la actora.

**CUARTO.**- Por Decreto de fecha 24 de abril de 2019 se fijó como indeterminada la cuantía del recurso.

**QUINTO.**- El procedimiento se recibió a prueba en virtud de Auto de 25 de enero de 2019, practicándose ésta con el resultado que obra en autos.

**SEXTO.**- En los escritos de conclusiones (presentados, respectivamente, en fechas 21 de mayo de 2019 y 7 de junio de 2019) las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.**- Habiéndose apreciado la íntima relación existente entre procedimientos cuyo conocimiento viene atribuido a las Secciones Primera y Segunda, con el fin de unificar criterios en su resolución y evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios entre las mismas, por Acuerdo de fecha 17 de noviembre de 2020 del Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid se señaló la celebración de Pleno Jurisdiccional para el día 16/12/20 a constituir por los/as Magistrados/as integrantes de las Secciones Primera y Segunda y en cuyo seno se llevó a cabo la deliberación, votación y fallo del presente procedimiento.

Se designó como Ponente del **Procedimiento Ordinario 862/2018** (Sección 1ª) al Magistrado de la Sala, Ilmo. Sr. D. José Arturo Fernández García, quien anunció su voto particular a la Sentencia, designándose como nuevo Ponente para este trámite al Presidente de la Sala, **Ilmo. Sr. D. Juan Pedro Quintana Carretero**, en aplicación de las normas generales sobre composición, funcionamiento y reparto de asuntos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Objeto del recurso y argumentos de las partes.**



Se interpone por la representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA recurso contra los actos que siguen:

-Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018 en el particular relativo al Tema nº 349, a propósito de la "interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico".

-Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 por el que se dispone "suspender la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, con el alcance que se detalla" y en los ámbitos que concreta. Se trata de la suspensión potestativa que contempla el artículo 70.4 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (LSCM), a efectos de la "elaboración, formación, tramitación y aprobación del instrumento de planeamiento que regule los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje". La misma se extiende al plazo máximo de un año a computar desde la publicación del Acuerdo, pudiendo ser objeto de ampliación a otro más.

-Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018 por el que se aprueba inicialmente el PEH en el particular contemplado en su apartado 4º en tanto que dispone "suspender la realización y el otorgamiento de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades en el ámbito del Plan Especial, que pudieran resultar afectadas por sus determinaciones". Tal suspensión automática responde a lo previsto tanto en el artículo 70.4 LSCM como en el artículo 120.1 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RP). Esta suspensión sustituye a la establecida por el Acuerdo de fecha 1 de febrero de 2018 y lo era por plazo de un año, a computar desde el 5 de febrero de 2018, fecha de publicación del Acuerdo, pudiendo ser ampliable otro año.

En disconformidad con las citadas actuaciones, se interesa su anulación y la condena en costas a la Administración demandada.

Aun cuando se combaten actos de muy diferente naturaleza y que responden a una diversa fundamentación jurídica, los motivos impugnatorios que se invocan con la demanda -y con la ampliación de la misma- se articulan de forma entrelazada especialmente en lo que se refiere a los Acuerdos de suspensión (potestativa y automática). De esta forma, tras discurrir sobre los "hechos" que entienda de mayor relevancia así como sobre el *iter* seguido en la aprobación de los Acuerdos concernidos o su legitimación activa, se esgrimen los siguientes motivos de impugnación:

-En primer lugar y en lo que hace exclusivamente al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018, se postula su nulidad ex artículo 47.1 b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Se advierte que aunque tenga formalmente la naturaleza de instrucción, excede del ámbito que les es propio a las instrucciones de servicio, siendo lo verdaderamente relevante el alcance y significación que le otorga el Consistorio. Considera que con la misma se adscribe al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje a determinadas formas de alojamiento turístico, esto es, apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico (VUT) "profesionales", entendiéndose por tales las que actúan bajo el principio de unidad de explotación empresarial, en su totalidad y por tiempo superior a tres meses al año. Colige que se exige así un título habilitante para operar y que tal requisito no es demandado por el Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (DATVUTM). Ello por cuanto la intervención administrativa en ese ámbito se limitaría a la declaración responsable y la consiguiente inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid.

-En segundo término, ya en relación con la suspensión potestativa ex artículo 70.4 LSCM dispuesta por el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018, afirma la actora que supone impedir la posibilidad de cambio de uso de edificios residenciales al de hospedaje de forma tal que se "restringiría injustificadamente la competencia en el mercado", con el consiguiente impacto negativo en "el bienestar general". Trae a colación la Sentencia de esta Sala (Sección 2ª) nº 286/2019, de 3 de abril (rec. 847/2018), por la que, con estimación del recurso de apelación formulado, se acuerda la "suspensión de la ejecutividad" del Acuerdo en cuestión. Y ofrece los siguientes argumentos a favor de la pretensión anulatoria actuada:

a) La regulación restrictiva de la competencia que se articula contribuye a privilegiar a los operadores ya establecidos, quedando los mismos "blindados administrativamente frente a la presión competitiva de nuevos entrantes, de forma dañina para el interés general" en forma de precios más elevados o mayores márgenes para los "operadores incumbentes".



b) Se infringirían los principios de necesidad y proporcionalidad en tanto que criterios de ponderación para la adopción de actos o disposiciones administrativas restrictivas de la competencia del artículo 38 de la Constitución. Esgrime al efecto los artículos 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES); 129 LPACAP; 40 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM). Rechaza que se esté ante razones imperiosas de interés general que permitan justificar limitaciones al desarrollo de una actividad económica.

c) La actuación no "superaría el test" ni justificaría su necesidad y proporcionalidad en tanto que los Informes en los que se sustenta y los estudios de los que éstos traen causa se basan en "conclusiones apriorísticas" carentes de todo respaldo. Alude con ello a los alegados efectos perniciosos que generarían las VUT tales como afectación de la convivencia, impacto en el precio del alquiler o su incidencia cuantitativa en determinados ámbitos de la ciudad de Madrid. Señala que se estaría con ello "enmascarando criterios de planificación económica", posibilidad ésta que rechaza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por resultar contrario a 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 (Directiva de servicios).

-Finalmente, por lo que respecta al Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018 por el que se aprueba inicialmente el PEH en el particular contemplado en su apartado 4º (suspensión automática ex artículos 70.4 LSCM y 120.1 RP), reitera en buena medida las alegaciones referentes a la regulación restrictiva que comporta y la afectación de los principios de necesidad y proporcionalidad (adecuación e idoneidad). Admite, ello no obstante, que tal suspensión responde a la exigencia del artículo 70.4 LSCM y que en este caso el Consistorio aportaría "extensa documentación para motivar la adopción" de la medida en cuestión. Sin embargo, mantiene que seguiría sin justificarse (alude a la Memoria y al Diagnóstico) la relación de causalidad que se predica entre las VUT y los problemas que se le atribuyen. Y señala a la existencia de "otras medidas restrictivas y menos gravosas" para paliar el "fallo de mercado" que pudiera identificar el Ayuntamiento. Remite en tal sentido a las contenidas en el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, por el que se dio nueva redacción tanto al artículo 4.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), como al artículo 12.12 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH) (exigiendo el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios para limitar o condicionar el ejercicio de la actividad a la que se refiere el artículo 5 e) LAU).

Cabe reseñar que con la demanda se aportan Informe económico emitido por la Dirección de Promoción de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 28 de septiembre de 2018 (que incide en los efectos desfavorables para la competencia de las restricciones que se introducen) e Informe económico complementario de fecha 28 de diciembre de 2018 (relativo a los Acuerdos del Ayuntamiento de Madrid en materia de alojamientos turísticos, licencia urbanística para las VUT profesionales y moratorias).

Trayendo a colación los antecedentes que entiende relevantes, el Ayuntamiento de Madrid insta de entrada la inadmisión parcial del recurso -en lo que hace a los dos primeros Acuerdos- por extemporaneidad [ artículo 69 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)]. El planteamiento se basa en la interpretación conjunta de los artículos 44.4 y 46 LJCA, en relación con el plazo para formular el requerimiento previo del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Ello por cuanto conforme al artículo 54 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (LCREM), no resultaría obligatoria la remisión de los Acuerdos en cuestión a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Así las cosas, cuando se formuló el requerimiento en fecha 28/3/18 ya había transcurrido el plazo para su presentación (en el caso del primer Acuerdo habría finalizado el 22/2/18 y en el del segundo el 26/2/18). Siendo extemporáneo tal requerimiento previo y no constituyendo el mismo un requisito de procedibilidad para poder acceder a la vía contencioso-administrativa por tener un carácter potestativo, el cómputo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo no pudo verse interrumpido por el mismo, debiendo computarse el plazo del artículo 46.1 LJCA desde la fecha de publicación de los Acuerdos recurridos (1/2/18 y 5/2/18, respectivamente).

Asimismo, postula tal inadmisión parcial del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 69 c) LJCA. En este caso en lo relativo al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23/1/18 y en el entendimiento de que se trataría de una actuación no susceptible de impugnación habida cuenta de su carácter de instrucción de servicio ( artículo 6.1 LRJSP). Niega así que éste despliegue efectos frente a terceros y aduce que, en su caso, podrían combatirse las resoluciones dictadas en procedimientos de solicitud de licencias o autorizaciones para el ejercicio de actividad pero sin que quepa una impugnación directa del Acuerdo en cuestión.



En lo demás y ya en cuanto al fondo de las cuestiones jurídicas controvertidas, se opone a los motivos impugnatorios de la forma que sigue:

-En primer término, por lo que se refiere al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018, parte de la distinta definición de los usos residencial y terciario en su clase de hospedaje conforme a las NN.UU. del PGOUM. Advierte también de que en materia de turismo ha de estarse al artículo 26.1 21º de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (EACM), de acuerdo con el cual es la Comunidad Autónoma la que ejerce las competencias de promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial. Señala en tal sentido que la Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (LOTCM), define en su artículo 24 la actividad turística de alojamiento como la ejercida por las empresas que presenten servicios de hospedaje al público mediante precio, de forma profesional y habitual, regulando en el artículo 25 -de forma ejemplificativa- las distintas modalidades de alojamiento turístico (cada una de las cuales se rige, a su vez, por su concreta normativa y, en el caso concreto de las VUT, por el DATVUTM). Concluye que es la Comunidad Autónoma y no el Ayuntamiento la que regula a través de LOTCM y DATVUTM la actividad turística del alojamiento, sin perjuicio, eso sí, de que corresponda al Consistorio establecer reglas sobre admisión y localización de usos en el término municipal. Sostiene en definitiva que este primer Acuerdo recurrido ninguna capacidad innovativa presenta dado que se habría limitado a concretar qué tipo de usos de los previstos en las NN.UU. se corresponden con los apartamentos turísticos y VUT pero tomando en consideración para ello lo dispuesto en las propias NN.UU.

-En segundo lugar, ya en lo atinente al Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018, invoca el artículo 70.4 LSCM como el fundamento de tal suspensión potestativa y resalta que ésta vino justificada, de un lado, por el Informe de fecha 24 de enero de 2018 (por el que se motiva e identifica el " *alcance y ámbito territorial de la suspensión de actos de uso del suelo, de construcción y de ejecución de actividades*") y, de otro, por el Informe- propuesta de 25 de enero de 2018 (relativo a la suspensión cautelar de la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación de ejecución de actividades a los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación del PEH). Niega que se esté ante una regulación restrictiva de la competencia, siendo así que el uso terciario no solo no desaparecería sino que se trataría de preservar el uso residencial de forma limitada en el tiempo y espacio. Rechaza que los principios de necesidad y proporcionalidad se vean afectados, remitiendo a la motivación " *in aliunde*" representada por los citados Informes así como por los estudios encargados por el Ayuntamiento en los años 2016 y 2017, titulados " *La oferta del Alojamiento Turístico en Madrid. Características y Distribución territorial*" y " *Análisis de impacto de las Viviendas de uso turístico en el Distrito Centro*". En suma, sostiene, dando cuenta de las fuentes, sistemática y contenido de tales estudios, que el Acuerdo de suspensión tendría así justificado tanto su objeto como extensión con base en los impactos acreditados sobre la densidad de población, el parque de vivienda, el espacio público y el incremento del precio del alquiler de vivienda permanente sobre las rentas netas de los hogares más desfavorecidos.

-Finalmente, respecto de la suspensión automática ex artículo 70.4 y 120.1 RP dispuesta en el apartado 4º del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018, reitera en buena medida los argumentos ofrecidos con ocasión de las otras actuaciones objeto de la presente *litis*, resaltando que constituye en todo caso una " *derivada automática*" de la legislación urbanística y que la suspensión " *no impide la llegada de nuevos operadores*" ni comporta el que se favorezca a otros. Ello por cuanto al operar un " *principio de mínima restricción*" no se impediría la implantación en ningún barrio sino que se establecen condiciones para la adecuada interrelación con el resto de usos de interés general.

**SEGUNDO.- Pretendida extemporaneidad del recurso. El Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018 como actuación susceptible de impugnación.**

La primera causa de inadmisión que se esgrime con la contestación se funda en la extemporaneidad del recurso contra los dos primeros Acuerdos ( artículo 69 e) LJCA). En lo esencial, parte la demandada de una interpretación conjunta de los artículos 44.4 y 46 LJCA, en relación con el plazo para formular el requerimiento previo del artículo 65.2 LBRL. La tesis que dibuja es que cuando se formuló el requerimiento en fecha 28 de marzo de 2018 ya había transcurrido el plazo para hacerlo y, por tanto, siendo extemporáneo tal requerimiento previo y no constituyendo un requisito de procedibilidad para el acceso a la vía contencioso-administrativa por tener un carácter potestativo, el cómputo del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo no se vio interrumpido por el mismo, debiendo computarse el plazo del artículo 46.1 LJCA desde la fecha de publicación de los Acuerdos recurridos (1/2/18 y 5/2/18, respectivamente).

Frente a lo anterior, la actora rechaza que resulte de aplicación el artículo 44.4 LJCA sino que ha de estarse al artículo 46.6 LJCA e incide en que el artículo 65 LBRL tampoco puede entrar en juego por cuanto no se está ante una Administración territorial sino independiente.



Anticipando el rechazo a la inadmisión parcial por extemporaneidad pretendida, debe destacarse que de las actuaciones se desprende -y no se controvierte por las partes- que la actora, a través de su Presidente, presentó en fecha 28 de marzo de 2018 y a través del Sistema de Interconexión de Registros, requerimiento por los dos primeros actos impugnados [publicados, respectivamente en el BOAM N° 8.084, de 1/2/18 y en el BOCM N° 30, de 5/2/18].

En fecha 3 de mayo de 2018 tuvo entrada en el Registro de la demandante contestación de la Delegada del Área de Gobierno de Equidad, Derechos Sociales y Empleo, actuando en sustitución del Delegado del Área de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento Madrid, por la que se rechaza tal requerimiento previo y se razona, entre otras cuestiones, que el mismo se había formulado fuera de plazo. El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso finalmente contra los dos primeros Acuerdos -luego ampliado al tercero- en fecha 27 de junio de 2018.

De esta forma, la interposición tuvo lugar dentro del plazo de dos meses que prevé el artículo 46.6 LJCA y que ha de computarse, caso de haber precedido requerimiento (como aquí sucedió), " desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado". La demandante, autoridad administrativa independiente de ámbito estatal de las previstas en el artículo 109.1 LRJSP y con las funciones que le atribuye su norma de creación (Ley 3/2013, de 4 de junio), no se integra como Administración territorial en la estructura del Estado y, por tanto, no constituye Administración de tal naturaleza (estatal o autonómica) a efectos de la recepción de las comunicaciones de los entes locales conforme al artículo 56.1 LBRL. Consiguientemente, solo cabe concluir que no le resulta de aplicación el plazo de " quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo" que el artículo 65.2 LBRL contempla y al que se remite el artículo 44.4 LCJA.

Plantea también la demandada la inadmisibilidad parcial del recurso al entender que la primera de las actuaciones impugnadas, el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018, no constituye actuación susceptible de impugnación ( artículo 69 c) LJCA). Razona en tal sentido que su carácter de instrucción de servicio le priva de la posibilidad de producir efectos frente a terceros y, por tanto, no cabría atacarla de forma directa sino que solo sería combatible a través de las resoluciones dictadas con ocasión de solicitudes de licencia o autorizaciones para ejercer actividad.

Por su parte, la actora, si bien no niega tal carácter, mantiene que el que tenga o no naturaleza normativa debe venir dado no ya por la clase de materia sino por su alcance y significación, siendo así que la actuación en cuestión adscribiría a los apartamentos turísticos y a las VUT al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje, con la consecuencia de serles exigido un título habilitante que no demanda el DATVUTM.

En atención a lo dispuesto en el artículo 1.1.5.6 de las NN.UU. del PGOUM, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid constituyó en fecha 29/7/97 la Comisión Técnica de Seguimiento del PGOUM y aprobó sus normas reguladoras. En las mismas se determinaba como misión la de interpretar y aclarar las dudas que pueda plantear la ejecución del Plan General "asegurando la coordinación de los distintos servicios, con la finalidad de conseguir la unidad de criterio en su aplicación". El marco normativo y competencial resultante de la nueva estructura y organización del Ayuntamiento de Madrid, en concreto del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, y la necesaria adecuación a la normativa en materia de procedimiento administrativo y de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, llevaron a una "adaptación de la composición y funciones de la actual Comisión de Seguimiento del Plan General mediante una revisión completa y puesta al día de sus Normas Reguladoras".

Esto último se materializó a través del Decreto de la Alcaldesa de 24 de marzo de 2017, por el que se aprueban las Normas Reguladoras de la Comisión de Seguimiento del PGOUM (DCSPGOUM). Se le sigue atribuyendo a la Comisión la finalidad de " seguimiento y la interpretación de las Normas Urbanísticas del Plan General, asegurando la coordinación y unidad de criterio en la aplicación del planeamiento urbanístico por parte de los distintos servicios municipales del Ayuntamiento de Madrid" (artículo 4.1 DCSPGOUM).

En todo caso, se precisa que " los acuerdos adoptados por la Comisión no tendrán efectos directos frente a terceros" (artículo 4.4 DCSPGOUM) y que presentan el "carácter de Instrucción de servicio, de obligado y general cumplimiento por todos los órganos de la Administración municipal, organismos autónomos y empresas de ellas dependientes" (artículo 11.8 DCSPGOUM). Cabe recordar que el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pudiera incurrir por los destinatarios de aquella ( artículo 6.2 LRJSP) y que solo pueden serlo los propios órganos administrativos.

Sobre tal base, la inadmisión parcial del recurso (en lo concerniente al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018) no puede acogerse. Y es que las dudas suscitadas por la demandante acerca de la verdadera naturaleza del acto y las consecuencias jurídicas que al mismo anuda, esto



es, si se trata de una instrucción de servicio (dirigida exclusivamente a funcionarios o técnicos municipales) o si excede de esa función interpretativa (y, en lugar de aclarar, altera o desarrolla las NN.UU. del PGOUM) solo pueden dilucidarse con el examen de fondo de los motivos de impugnación que frente a la misma se articulan.

**TERCERO.- Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 18. Falta de competencia municipal por razón de la materia. Invasión de la esfera de atribuciones autonómica en cuanto a la promoción y ordenación del turismo. Innovación que se introduce prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido al adscribir a apartamentos turísticos y VUT al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje.**

En lo que hace exclusivamente al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018, se invocan por la recurrente sendos motivos de nulidad al amparo de lo previsto en las letras b) y e) del artículo 47.1 LPACAP. Afirma que aunque revista formalmente la naturaleza de instrucción, en realidad excede del ámbito que les es propio a las instrucciones de servicio, siendo lo verdaderamente relevante el alcance y significación que le otorgue el Consistorio. Apunta a que se estaría adscribiendo al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje a determinadas formas de alojamiento turístico (singularmente, apartamentos turísticos y VUT "profesionales") y, con ello, se pasa a exigir un título habilitante para operar que no es demandado por el DATVUTM. Señala que la intervención administrativa en ese ámbito se limitaría a la declaración responsable y la consiguiente inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la Dirección General de Turismo de la Comunidad de Madrid.

El deber de congruencia exige de la necesaria conformidad que ha de existir entre la Sentencia y la pretensión de la parte que constituye el objeto del proceso, es decir, consiste la congruencia en la adecuación o ajuste entre lo resuelto por la Sentencia y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, de forma que incurre en incongruencia la Sentencia que otorgue más o menos o cosa distinta de lo pretendido por las partes [en tal sentido, por todas, Sentencia de la Sala Tercera (Sección 6ª) de 7 de octubre de 2013 (rec. 6871/2010)]. Esa congruencia obliga no solo a conocer dentro del límite de las pretensiones formuladas sino también de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición ( artículo 33.1 LJCA).

La advertencia no es ociosa toda vez que son aquellos extremos del Acuerdo recurrido y por los motivos que se esgrimen los que deben ser analizados en la presente *litis*. Los aspectos generales y apartados específicamente controvertidos por la actora son los siguientes:

*" Tema Nº 349. Interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico.*

*A la vista de la vinculación que la normativa urbanística vigente sobre el uso terciario de hospedaje establece con la normativa sectorial, sometida a paulatinas modificaciones, se propone la siguiente interpretación de la misma en relación con la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico:*

*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, contiene determinaciones que adquieren carácter urbanístico en aplicación del artículo 7.6.1.2.a ) de las Normas Urbanísticas del Plan General de 1997.*

*Deben considerarse comprendidos en el uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje, los apartamentos turísticos definidos en ese decreto. Deberán contar con título habilitante para implantar y ejercer este uso terciario hospedaje, sin perjuicio de las autorizaciones que correspondan a la Comunidad de Madrid en virtud de la modalidad de alojamiento que se implante.*

*Deben considerarse comprendidas en el uso servicios terciarios en su clase de hospedaje, las viviendas que se destinen al uso turístico bajo el principio de unidad de explotación empresarial, en las condiciones reguladas en ese decreto: En su totalidad y por tiempo superior a tres meses al año. Deberán contar con título habilitante para implantar y ejercer dicha actividad, sometido a los siguientes criterios urbanísticos:*

*1. El cambio de uso, solo será posible si se respetan las limitaciones establecidas en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid para implantar el uso de hospedaje en las edificaciones residenciales y como tal, requerirían de la aprobación del correspondiente título habilitante que les permita ejercer e implantar correctamente esta actividad [...]."*

Sintetizada la fundamentación del motivo de impugnación y delimitados los extremos del Acuerdo contra los que se dirige, debe partirse de la naturaleza del órgano autor del mismo. Al margen de lo ya expuesto, la Comisión de Seguimiento del PGOUM se perfila como un "órgano colegiado de seguimiento, asesoramiento, coordinación y control en materia de planeamiento urbanístico" (artículo 1 DCSPGOUM). Se adscribe al Área de Gobierno competente en materia de planeamiento urbanístico como órgano colegiado sin personalidad

jurídica propia, estando integrado por representantes de las Áreas implicadas en el procedimiento de aprobación y aplicación de las NN.UU. del PGOUM (artículo 2 DCSPGOUM).

Tal y como ha declarado esta Sala (Sección 1ª) [Sentencia nº 853/2017, de 11 de diciembre (rec. 370/2017)], la " *modificación, en el sentido de cualquier alteración*" de un " *instrumento de ordenación urbana como es un plan general urbanístico*" se ha de verificar " *por la misma clase de plan e idéntico procedimiento seguido para su aprobación*". Huelga decir que, con arreglo al artículo 67 LSCM, la Comisión de Seguimiento no está habilitada más que para fijar criterios interpretativos de las NN.UU. del PGOUM que aseguren la coordinación y unidad de criterio en la aplicación del planeamiento urbanístico por parte de los distintos servicios municipales del Ayuntamiento de Madrid. No puede ir más allá de simples aclaraciones y le está vedado, en palabras de la citada Sentencia, actuar " *creando derecho con fuerza vinculante para los citados interesados y constituyendo por tanto una auténtica regulación*" [F.D. 4º].

Sin perjuicio de lo que se desarrollará con mayor detenimiento seguidamente, no se aprecia que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento recurrido exceda de una labor meramente interpretativa o aclaratoria. Ello por cuanto:

-Las determinaciones que contiene se dirigen esencialmente a considerar que, con arreglo a las NN.UU. del PGOUM, tanto los apartamentos turísticos como las VUT no aparecen adscritos al uso residencial sino que lo hacen al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje.

-Colige la exigencia del título habilitante para implantar o ejercer la actividad de apartamento turístico y de VUT (o, en su caso, para el cambio de uso) de la propia normativa urbanística, precisando que ello, además, " *solo será posible si se respetan las limitaciones establecidas en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid para implantar el uso de hospedaje en las edificaciones residenciales*"

-Remite pura y simplemente, en lo que respecta a la aplicación de la normativa técnica prevista en el Código de Técnico de Edificación a propósito de la accesibilidad y seguridad en caso de incendio de las VUT, a las mismas prescripciones que se contemplan respecto de la vivienda residencial. En tal sentido, no establece la exigencia de doble escalera o sectorización particular respecto al resto de las viviendas al apreciar como irrelevante para los objetivos del Documento Básico de Seguridad en caso de incendio y del Documento Básico de Seguridad de Utilización y Accesibilidad el hecho de que la vivienda sea usada de manera temporal o habitual.

Tales premisas obligan a diferenciar el supuesto que aquí se aborda del que tuvo ocasión de examinar la Sección 1ª de esta Sala en la mentada Sentencia Nº 853/2017, de 11 de diciembre (rec. 370/2017) [confirmada en casación por la Sala Tercera en Sentencia (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2019 (rec. 1364/2018)].

En aquél caso se recurría la Instrucción 1/2017, de 2 de marzo, aclaratoria sobre los artículos 8.1.22., 8.1.23 y 8.1.28 de las NN.UU. del PGOUM, que regulan los cambios de clase de uso en patios de manzana y espacios libres [BOAM Nº 7871 de 22/3/17]. Se declaró la nulidad de pleno derecho de la misma ex artículos 47.1 b) y e) LPACAP al concluir que de su lectura se desprendería que " *todos sus amplios pronunciamientos no van dirigidos a los funcionarios de ese ayuntamiento, sino a los particulares que quieran realizar alguna intervención en los patios de manzana de los inmuebles ubicados en el término municipal*" [F.D. 4º]. Se significaba igualmente que " *a través de una mera instrucción de servicio se quiere añadir el cumplimiento de obligaciones urbanísticas, ciertamente para los que legalmente se ha de exigir (las personas que quieran realizar actuaciones de tal clase en los patios de manzana), con la clara modificación que ello supone de esos preceptos de las NNUU del PGOUM de 1997 en tanto que no las prevén. Pero es que, en ningún caso, tampoco cabría a través de ese instrumento, que está previsto, como se ha visto, para otra finalidad, intentar complementar los pronunciamientos establecidos por esos artículos de las reiteradas NNUU con una auténtica regulación que crea deberes urbanísticos*" [F.D. 4º].

A diferencia de aquélla Instrucción, ninguna obligación urbanística añade el Acuerdo como tampoco integra, modifica o completa el contenido de precepto alguno de las NN.UU. Las pautas interpretativas que establece no producen por sí mismas los proscritos " *efectos directos frente a terceros*" (artículo 4.4 DCSPGOUM). La eficacia " *ad extra*" que del Acuerdo cabría en su caso inferir no proviene directamente de su texto sino que éste se limita a aclarar adscripciones de uso y condiciones de aplicación para apartamentos turísticos y VUT sobre la base de la normativa urbanística preexistente [ya las NN.UU. del PGOUM, ya los artículos 151.1 y 155.1 LSCM].

Aun admitiendo la inocuidad del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento en este caso y dando un paso más en el razonamiento que lleva a rechazar el planteamiento de la recurrente (que -cabe insistir- se limita precisamente al mismo), debe afirmarse la necesidad de distinguir entre las competencias municipales en materia de ordenación urbana y las de promoción y ordenación turísticas que el artículo 26.1 21º EACM atribuye a la Comunidad Autónoma.



Tal declaración se hace sin perder de vista qué órgano es el autor de esta primera actuación recurrida pero en todo caso resulta de interés para despejar las dudas que suscita la actora al presentar como entrelazadas una y otra materia. Muestra de lo anterior se encuentra precisamente en la obligación que el artículo 5.1 DATVUTM dispone tanto para apartamentos turísticos como para VUT de " *cumplir las normas sectoriales aplicables a la materia*" y, en particular, las " *normas de seguridad, urbanismo, accesibilidad, sanidad, medio ambiente y propiedad horizontal*". En tal sentido, el deslinde entre uno y otro ámbito permite afirmar lo que sigue:

a) Es la Comunidad Autónoma la que, al amparo de la competencia asumida en el marco del artículo 148.1 18º de la Constitución y con arreglo al artículo 26.1 21º EACM, establece las distintas modalidades de alojamiento turístico (en tal sentido, artículo 25 LOTCM). Cada una de ellas se rige, a su vez, por su normativa específica (en lo que hace a los apartamentos turísticos y VUT, el DATVUTM). Así, el artículo 2.2 DATVUTM [tras la redacción dada por el Decreto 29/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 79/2014, de 10 de julio, con efectos desde el 13/4/19] define a las VUT como los " *pisos, estudios, apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser cedidos en su totalidad con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio*". La nota de la habitualidad viene ahora dada por el hecho de que el interesado se publicite " *por cualquier medio y presente la preceptiva Declaración Responsable de inicio de actividad prevista en los artículos 11 y 17*" (artículo 2.3 DATVUTM). Antes de la referida reforma, el artículo 3.2 configuraba tal habitualidad en atención al ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural.

Adviértase que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento se remite precisamente a tal Decreto autonómico tanto en lo que hace a la redacción entonces vigente de la nota de la habitualidad ( artículo 3.2 DATVUTM) como a la definición de la noción de prestación del servicio en los términos que preveía en aquella fecha el artículo 3.1 (hoy, tras el Decreto 29/2009, de 9 de abril, artículo 3.2), esto es, destinadas al uso turístico bajo el principio de unidad de explotación.

b) Por su parte, es al Ayuntamiento de Madrid al que compete, en el ejercicio de su potestad del planeamiento y en lo que aquí interesa, regular la tipología de usos (artículo 7.2.2 de las NN.UU.) o el régimen de interrelación de los mismos (artículo 7.2.3 de las NN.UU.). Aún más. Cabe que para ello se articulen instrumentos adicionales que ya figuran en el PGOUM tales como:

-La condición de planta o posición del uso terciario en el edificio. En tal sentido, dentro del " *Régimen de los Usos*" y para el supuesto de " *Diferentes usos en un mismo edificio*", el artículo 7.1.4.4 de las NN.UU. establece que " *cuando el régimen de usos compatibles admita usos distintos al residencial, excluidos los asociados, en situaciones de plantas inferiores a la baja, primera y plantas de piso, para su admisión, ya sea, como nueva implantación o cambio de uso, clase, categoría, o tipo, los locales deberán tener acceso independiente desde el exterior o estarán unidos a locales de uso distinto al residencial situados en planta baja. En ningún caso se admitirán usos terciarios recreativos ni de comercio sobre viviendas. Las clases de uso de oficinas y de otros servicios terciarios de atención sanitaria a las personas en situaciones de plantas inferiores a la baja, baja y primera, podrán utilizar el mismo acceso de los edificios residenciales donde se ubiquen*".

-O el acceso independiente, toda vez que ya el artículo 6.9.3.3 de las NN.UU. preveía que " *cuando así se determine en las normas de uso o de zona, se exigirá acceso independiente para los usos distintos al residencial, en edificios con este uso principal*".

Se trata, en el decir reciente de la Sala Tercera en Sentencia (Sección 5ª) nº 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019), de que las " *Administraciones públicas que cuentan con competencia en el ámbito material del urbanismo*" eviten en las grandes ciudades su " *desertización (gentrificación), en determinados lugares, al alterarse la forma de vida de los residentes habituales, debido a la transformación -de hecho- de un uso tradicional residencial, en otro, pujante y turístico, con todas la consecuencias que de ello se derivan, pues, es evidente que cuando más auténtico es un lugar, a más gente atrae, pero, cuanta más gente atrae, más se diluye su auténtica identidad, y con ello la vida de los residentes habituales del mismo lugar. Es, en síntesis, convertir las ciudades -o las partes esenciales de la mismas- en un a modo de parque temático, en vez de un lugar habitable y de convivencia. La ciudad se convierte en un problema y no en un sistema de solucionar los problemas de sus habitantes*" [F.D. 6º].

De esta forma, es en el " *marco urbanístico actual -de regeneración y transformación de las ciudades-*" en el que deben " *analizarse las políticas municipales sobre las VUT*" y que ahí que la " *intervención normativa municipal, en uso y ejecución de las competencias urbanísticas que le son propias, no puede ofrecer dudas*". Todo ello de cara a desarrollar una " *actuación normativa municipal de transformación, adaptación y modificación de los usos de determinadas ciudades -en el marco sus propias y genuinas políticas de viviendas- con la finalidad de*

*asimilar las nuevas realidades sociales, consecuencia de la mencionada economía colaborativa, articulada a través de las plataformas digitales" [F.D. 6º].*

Cabe recordar que esta Sentencia desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia nº 292/2019, de 11 de junio, de la Sala (Sección 2ª) de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (rec. 565/2018), desestimatoria del recurso dirigido contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de fecha 25/1/18, por el que se aprobó definitivamente la modificación pormenorizada del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao en lo relativo a la regulación del uso de alojamiento turístico. El análisis de tales determinaciones urbanísticas desde la perspectiva del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio llevó al Tribunal Supremo a reputar acertada la conclusión de la Sala de instancia ya en cuanto a la diferenciación entre el uso residencial y el de equipamiento, ya a propósito de la necesaria adopción de medidas que salvaguarden el primero frente a la generalización del segundo en determinados ámbitos de la ciudad de Bilbao.

Se está, en definitiva, ante la "*normativa concurrente*" a la que viene aludiendo esta Sala (Sección 2ª) desde hace casi una década. En tal sentido, baste citar las Sentencias nº 1509/2012, de 25 de octubre de 2012 (rec. 345/2011) y nº 70/2013, de 23 de enero de 2013 (rec. 610/2011).

En ambas -aun antes de la regulación del DATVUTM y a propósito de las VUT- se advertía que "*la cuestión no ha de establecerse en el ámbito del ejercicio de la actividad sino como bien intuye la parte apelada en el uso urbanístico, cuestión regula en exclusiva la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid, y en desarrollo de sus previsiones los planes de urbanismo, en concreto el normas urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 12 de junio de 1997" [F.D. 2º].*

Se rechazaba así la interpretación de la Sentencia de instancia cuando afirmó que el PGOU no podía modificar lo dispuesto en el entonces vigente Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales. Ello en la consideración de que se estaba ante "*normativas sectoriales distintas debiendo además indicarse que el uso urbanístico es una cuestión exclusivamente urbanística cuyo desarrollo normativo le corresponde a las comunidades autónomas conforme al artículo 148 1.3 de la de la Constitución y asumida en exclusiva por la Comunidad de Madrid en virtud de su estatuto [...]*". Se concluía en definitiva que por mor de esa concurrencia de normativas "*en primer lugar habrá de cumplirse con la normativa urbanística y concurrentemente con la normativa existente (o inexistente en materia sectorial) en este caso en materia turística" [F.D. 2º].*

Como corolario de cuanto antecede cabe afirmar que con el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018 ni se invade la competencia autonómica en materia de ordenación y promoción turística (en tanto que se desenvuelve exclusivamente en el ámbito urbanístico, ajeno y concurrente con aquélla) ni se implementa exigencia de licencia urbanística (toda vez que ésta derivaba ya de los artículos 151.1 y 155.1 LSCM). El mismo se limita a fijar criterios estrictamente interpretativos o aclaratorios respecto de la adscripción de usos y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las VUT. Ello al entenderlos comprendidos en el uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje con base en la interpretación que efectúa de las NN.UU. del PGOUM y sin que se introduzca modificación alguna ni en cuanto a la tipología de usos (artículo 7.2.2 de las NN.UU.) ni en lo concerniente al régimen de interrelación de los mismos (artículo 7.2.3 de las NN.UU.).

Descartada la causa de nulidad que ex artículo 47.1 b) LPACAP se invoca, procede el examen de la que se residencia en la letra e) del propio artículo 47.1. Lo que en el planteamiento de la demandante subyace (y que aparece indisolublemente conectado con cuanto acaba de razonarse) es que el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018 supone prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido por cuanto estaría innovando el ordenamiento jurídico al adscribir a apartamentos turísticos y VUT al uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje.

No obstante, si lo que suscita la actora es que el Consistorio habría introducido *ex novo* la exigencia de licencia urbanística para operar como VUT, tan pronto como tal premisa decae la conclusión a la que el razonamiento lleva también lo hace. En efecto, anticipando el rechazo a tal planteamiento y abundando en lo que ha venido argumentándose, ninguna innovación normativa cabe predicar del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del PGOUM en cuestión. Éste clarifica que apartamentos turísticos y VUT -en los términos que se definen y regulan en el DATVUTM- se comprenden en el uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje. Sin embargo, si ello es así no es por lo que la Comisión de Seguimiento del PGOUM disponga en virtud del Acuerdo de referencia sino que en realidad trae causa de las propias NN.UU. del PGOUM preexistentes.

En éstas, se describe el uso residencial como aquél que sirve para "*proporcionar alojamiento permanente a las personas*" (artículo 7.3.1.1). El uso terciario es el que "*tiene por finalidad la prestación de servicios al público, las empresas u organismos, tales como los servicios de alojamiento temporal, comercio al pormenor*



en sus distintas formas, información, administración, gestión, actividades de intermediación financiera u otras similares" (artículo 7.6.1). A su vez, dentro del mismo, bajo un punto de vista urbanístico a los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, el uso terciario en la clase de hospedaje es el destinado a "proporcionar alojamiento temporal a las personas" (artículo 7.6.1.2 a)).

Tan nítida delimitación conceptual ni es consecuencia -se insiste- del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento ni resulta original. Es evidente que uso residencial y hospedaje recaen sobre una misma realidad física, viviendas y edificios. Y de la distinta naturaleza de uno y otro uso viene dando cuenta ya esta Sala (Sección 2ª) también desde hace casi una década [por todas, pueden citarse las Sentencias nº 1509/2012, de 25 de octubre de 2012 (rec. 345/2011); nº 70/2013, de 23 de enero de 2013 (rec. 610/2011) y la más reciente nº 490/2019, de 3 de julio (rec. 265/2019)]. Así, se razona en la segunda de ellas que "la actividad de viviendas vacacionales es una modalidad de explotación turística extra-hotelera que, por su propia naturaleza, se incardina dentro del suelo de uso residencial o de vivienda, por cuanto es de pura evidencia que ni existen ni pueden existir viviendas de ningún tipo en suelo terciario [...] Ocurre sin embargo que el uso que pretende no es residencial sino terciario y por lo tanto no está amparado por la licencia de primera ocupación siendo precisa una licencia que cambie el uso urbanístico y así el artículo 155 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid [...] [F.D. 3º].

La exigencia de licencia conforme a los artículos 151.1 y 155.1 LSCM tampoco aparece ahora de forma novedosa. Tal requisito es previo al Acuerdo de la Comisión de Seguimiento y se ha demandado por esta Sala de forma sistemática y en la interpretación que se ha venido haciendo no solo de la LSCM sino también de las NN.UU. Y es que en definitiva, cabe añadir, ninguna equiparación puede pretenderse entre el uso residencial, caracterizado por las notas de estabilidad y permanencia, con el terciario en su clase de hospedaje. La distinta naturaleza y la diferente finalidad de uno y otro justifican también un tratamiento diverso.

La consecuencia de todo lo que precede no puede ser otra que descartar la innovación que se esgrime para integrar la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 e) LPACAP. Debe excluirse desde luego que cualquier operador mínimamente diligente no estuviera al tanto de la doctrina constante de esta Sala sobre la distinción entre uso residencial y terciario en su clase de hospedaje así como sobre las consecuencias que desde la perspectiva del sometimiento de los segundos a licencia viene manteniéndose.

Todo ello está, además, en consonancia con lo que recientemente ha declarado la Sala Tercera en la ya citada Sentencia nº 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019). Reputa como "razonable y, sobre todo, suficientemente motivado por el Ayuntamiento de Bilbao" la calificación "desde una perspectiva urbanística" de las VUT como una "actividad de equipamiento -impidiendo su consideración urbanística como estrictamente residencial" [F.D. 9º].

Avala en tal sentido la referencia que la Sentencia de instancia hacía a las "características de estabilidad, habitualidad o permanencia de los alquileres de las viviendas sometidas al régimen general -y que no puede predicarse de las VUT en las que late lo transitorio y circunstancial-". Y tilda de "acertada apreciación" la referente a que el "uso residencial coincide con el de un lugar destinado a la satisfacción del derecho a la vivienda -en un entorno urbano, añadimos, digno de especial protección-, mientras que un uso equipamental, como el decidido por el Ayuntamiento de Bilbao para las VUT, constituye un entorno, también urbano, pero en el que lo esencial es la prestación en el mismo de otros tipos de servicios para la población, y en el que la residencia se corresponde con necesidades alojativas circunstanciales" [F.D. 9º].

**CUARTO.- Acuerdos de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 (suspensión potestativa) y fecha 26 de julio de 2018 -en su apartado 4º- (suspensión automática). Alegada inexistencia de razón imperiosa de interés general concurrente. Vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.**

Aun cuando la fundamentación del recurso contra ambos actos se presenta de forma separada (en demanda y ampliación de la misma), sí que presenta como rasgos comunes el alegado establecimiento de restricciones a la competencia, la pretendida ausencia de razón imperiosa de interés general que justifique tales limitaciones, la no superación del "test" de necesidad y proporcionalidad (al venir las medidas implementadas fundadas en estudios e informes carentes de todo respaldo fáctico) o el hecho de que en realidad se estarían "enmascarando criterios de planificación económica" en contravención de lo que dispone la Directiva de servicios e interpreta la jurisprudencia comunitaria.

Para rechazar tales aseveraciones basta precisamente un simple recorrido por la jurisprudencia del TJUE referente a la consideración de "la protección del medio ambiente y del entorno urbano" como razón imperiosa de interés general de las definidas 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 (LAASE) y que, por tanto, habilitan para limitar el acceso



o ejercicio de una actividad económica o, como previene la Directiva de servicios, " *justificar la aplicación de regímenes de autorización y otras restricciones*" (Considerando 56).

-En tal sentido, en la Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011 (C-400/08), a propósito del recurso interpuesto por la Comisión contra el Reino de España por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían por mor del artículo 43 CE y derivado de la imposición de restricciones al establecimiento de superficies comerciales en Cataluña, se declaró, de un lado, que " *las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo*" [§ 73]. De otro, que entre esas razones imperiosas figura precisamente la ordenación del territorio [§ 74].

-En la misma línea, la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 1 de octubre de 2009 (C-567/07), además de recordar que ya había sido admitido que " *una normativa nacional restringiera la libre circulación de capitales para luchar contra la presión inmobiliaria o para mantener una población permanente en el medio rural a fines de ordenación del territorio*" [en tal sentido, STJUE de 1 de junio de 1999 (C-302/07) o STJUE de 5 de marzo de 2002 (C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C- 526/99 a C-540/99)], afirma que " *las exigencias de la política de vivienda de protección oficial y su régimen de financiación en un Estado miembro pueden constituir igualmente razones imperiosas de interés general*" [§ 30].

-O la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2013 (C-197/11 y C-203/11) en tanto que sienta que las exigencias " *relativas a la política de vivienda social de un Estado miembro pueden ser razones de interés general y, por tanto, justificar restricciones*" [§ 52].

Pero sin duda la más reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020 (C-724/18 y C-727/18) va más allá de la declaración de que exigencias de política de vivienda de protección oficial o de lucha contra la presión inmobiliaria puedan constituir razones imperiosas de interés general cuando un mercado experimenta escasez estructural de viviendas y una densidad de población especialmente alta. En la misma se da respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la *Cour de cassation* (Tribunal de Casación de Francia) en los litigios seguidos entre las entidades Cali Apartments SCI y HX de una parte y el Fiscal General ante el Tribunal de Apelación de París y la ciudad de París por otro. Ello a raíz de la condena a las mercantiles al pago de sendas multas y la reversión de los inmuebles de los que eran titulares en París a su uso como vivienda al haber arrendado los mismos sin autorización previa de las autoridades locales a clientes de paso, de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo.

Sin perjuicio de otras conclusiones que en tal Sentencia el Tribunal de Justicia se alcanzan, se establece que el artículo 9.1 b) y c) de la Directiva de servicios debe interpretarse " *en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz*" [§ 75].

Parafraseando a la referida Sentencia de la Sala Tercera (Sección 5ª) nº 1550/2020, de 19 de noviembre (rec. 5958/2019), que acoge precisamente la doctrina de la Sentencia del TJUE que acaba de citarse, solo cabe concluir que en el deslinde entre el uso residencial y el de servicios terciarios en su clase de hospedaje subyace una " *razón imperiosa de interés general*" que habilita a la Administración local, como sucedía en el caso de la ciudad de Bilbao, a una " *calificación o régimen de usos urbanística [...] que no va encaminado -en modo alguno- a la exclusión de la normativa europea y española sobre competencia, sino, más al contrario, a posibilitar la efectiva conciliación, de la citada y lícita actividad económica del alquiler vacacional, con la organización del régimen interno de la ciudad, posibilitando la convivencia residencial estable y habitual con una actividad caracterizada por su transitoriedad y falta de permanencia, al responder a circunstanciales necesidades alojativas*" [F.D. 9º].

Se está así ante lo que la Sala Tercera califica en la mentada Sentencia de " *urbanismo cambiante, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias, realidades y necesidades sociales, urbanísticas y medioambientales, y que, a tal fin, utiliza sus instrumentos de modificación para conseguir y alcanzar la inevitable transformación de las ciudades*" [F.D. 6º].

Tal propósito constituye una razón imperiosa de interés general de las comprendidas en el artículo 3.11 LAASE y avala el establecimiento de límites al acceso a la actividad económica concernida o a su ejercicio de

conformidad con lo que prevé el artículo 5 LGUM. Límites que tanto para el Tribunal de Justicia como para el Tribunal Supremo satisfacen las exigencias del principio de necesidad en supuestos análogos y sobre cuya proporción o si constituyen el medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica no cabe mayor análisis ante la falta de fundamentación de la demanda al respecto.

Y es que no debe dejar de destacarse precisamente la relación que se observa entre la función social de la propiedad privada a la que se alude en el artículo 33.2 de la Constitución y la obligación de los poderes públicos de promover la " *utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*" plasmada en el artículo 47 de la Carta Magna. Aspectos éstos que resultan absolutamente preteridos en los Informes aportados con la demanda y elaborados por la Dirección de Promoción de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fechas 28/9/18 y 28/12/18. No en vano se contempla en los mismos el inmueble residencial desde una perspectiva exclusiva de activo económico, elemento esencial de un " *modelo de negocio*" que despierta interés solo en tanto que ordenado a la prestación de servicios turísticos. Aun cuando resulta comprensible que el regulador centre su atención en los aspectos relacionados con las funciones que tiene asignadas en virtud de su norma de creación, también lo es que el Consistorio atienda a los diferentes intereses públicos en conflicto, efectuando la pertinente ponderación y que en este caso se revela como acertada.

**QUINTO.- Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 por el que se dispone la suspensión potestativa ex artículo 70.4 LSCM.**

Tal y como se ha señalado en el Fundamento de Derecho precedente, más allá de las alegaciones coincidentes respecto de ambos Acuerdos de suspensión, es lo cierto que el abordaje de uno y otro ya con la demanda, ya con la ampliación de ésta, se presenta de forma diferenciada y justifica matices individualizados. De esta forma y en lo que hace al primero de ellos, éste viene dado por el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 que, conforme al artículo 70.4 LSCM y " *a los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación del instrumento de planeamiento que regule los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje*", dispone " *suspender la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, con el alcance que se detalla y en los siguientes ámbitos:*

*-El uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje, en régimen de interrelación de uso compatible, en edificios existentes de uso residencial en el Distrito de Centro.*

*-El uso de servicios terciarios, en la modalidad de vivienda de uso turístico de la clase de hospedaje, en régimen de interrelación de uso compatible, en edificios existentes de uso residencial en los barrios de Palos de Moguer en el Distrito de Arganzuela; de Recoletos y Goya en el Distrito de Salamanca; de Trafalgar en el Distrito de Chamberí, y de Argüelles en el Distrito de Moncloa-Aravaca.*

Tal suspensión se extiende por plazo máximo de un año a computar desde la publicación del Acuerdo, pudiendo ser objeto de ampliación a otro más.

Se ha advertido que la recurrente trae a colación la Sentencia de esta Sala (Sección 2ª) nº 286/2019, de 3 de abril (rec. 847/2018), por la que, con estimación del recurso de apelación formulado, se acuerda la " *suspensión de la ejecutividad*" del Acuerdo en cuestión. Ello como medida cautelar y al apreciar " *fumus boni iuris*". La razón para decidir de aquella Sentencia pasó por considerar que no acertaba " *el Ayuntamiento a determinar la existencia de actuaciones que configuren un Avance del Plan Especial, que posteriormente sostiene que da cobertura al acto de suspensión a través de la aprobación inicial que refiere, en los términos definidos por el artículo 56.2 de la LSCM y que serviría de cobertura legal, al menos indiciariamente, a la suspensión, siendo, precisamente, es falta de cobertura lo que permite dar viabilidad a la apariencia y, a su vez, la que determinaría que el interés público quedase diluido en una mera declaración de intenciones que no resultaría digna de una mayor protección en ese análisis de conflicto de intereses*" [F.D. 7º].

Sea como fuere, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que el criterio expresado en aquella Sentencia ha sido decisivamente modificado por esta Sala, constituida en Pleno Jurisdiccional compuesto por los/as Magistrados/as integrantes de las Secciones Primera y Segunda, con ocasión de los autos de Recurso de Apelación nº 458/2020. Se analiza con detalle en esta ocasión si " *existe o no la posibilidad de acordar la suspensión del otorgamiento de licencias, de usos o actividades cuando los trabajos preparatorios del instrumento de planeamiento no han alcanzado, formal o materialmente, el estadio de "Avance"*". Para tal análisis se " *pone[n] en relación e interpreta[n] conjunta y sistemáticamente las previsiones contenidas en el artículo 70.4 citado con las que incluye la propia Ley 9/2001 en su Capítulo V, destinado a la "Formación, aprobación y efectos de los Planes de Ordenación Urbanística", en cuya Sección 1ª, bajo la rúbrica "Actos preparatorios", se incluye la figura de los Avances de planeamiento*" [F.D. 5º].



Tras discurrir por la naturaleza del avance y advertir tanto de su carácter potestativo (con las concretas excepciones que contempla el artículo 56.2 LSCM y dentro de las que no se incluyen los planes especiales) como de su carencia de efectos normativos o vinculantes para la propia Administración que adopta el acuerdo aprobatorio (artículo 56.4 LSCM), se expresa que " *si la aprobación del Avance solo es preceptiva en los supuestos anteriormente indicados (esto es, en los procesos de elaboración de Planes Generales y de Sectorización, sus revisiones y, en su caso, las modificaciones de dichos instrumentos que especifica el artículo 56.2 de la Ley) y se trata, además, del trámite inmediatamente anterior al de la formal iniciación del procedimiento de elaboración -debiendo tener, de hecho, el mismo contenido y venir acompañado de la misma documentación que el acuerdo de aprobación inicial- iniciación que, ex lege o por imperativo legal, comporta la suspensión cautelar de usos, actos y actividades en los ámbitos afectados y si tenemos en cuenta, por último, los fines a que atiende la medida cautelar, en sus dos modalidades (facultativa o potestativa y automática), la conclusión que se impone no es otra que la de entender que la suspensión facultativa no viene legalmente supeditada a la aprobación de un Avance, so pena de dejar vacío de contenido el precepto, retrasando la posibilidad de que la Administración acuerde la suspensión cautelar a un momento en el que, por el estado de los trabajos o estudios previos, la aprobación inicial (y, con ella, la suspensión automática) resulta inminente.*

*Por ello el vocablo "incluso" que emplea el precepto legal no debe entenderse como la posibilidad excepcional de anticipar la suspensión cautelar facultativa a ese momento -actuando a modo de límite máximo de la posible anticipación del acuerdo de suspensión- sino como el supuesto excepcional en que se retrasa o adopta tardíamente el acuerdo de suspensión facultativa, de modo que podrá dictarse, "incluso", hasta el momento inmediatamente anterior a aquel en que comienza por ministerio de la Ley la suspensión provocada por la aprobación inicial. En otro caso quedarían desprovistos de ese régimen cautelar facultativo múltiples actos preparatorios y de elaboración de instrumentos de planeamiento en los que no viene exigida, ni material ni formalmente, la aprobación de un "Avance" de planeamiento o documento similar, por no imponerlo la normativa urbanística.*

*En suma, la suspensión podrá acordarse en cualquier momento siempre que lo sea, como exige el artículo 70.4, "(a) los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación" del instrumento de planeamiento de que se trate y siempre -claro está- que la Administración titular de la potestad cuente con elementos suficientes como para, ponderando la totalidad de intereses en conflicto y desde la exigible proporcionalidad, delimitar cuales son los usos, actos o actividades que puedan resultar incompatibles con la nueva ordenación y los ámbitos afectados" [F.D. 5º].*

**SEXTO.- Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018 por el que se aprueba inicialmente el PEH. Ello en lo que hace al apartado 4º en tanto que decreta la suspensión automática ex artículos 70.4 LSCM y 120.1 RP.**

En virtud de tal Acuerdo se resuelve la aprobación inicial del PEH (apartado 1º), se ordena someter el expediente al trámite de información pública (apartado 2º) y se solicitan los informes de los órganos y entidades administrativas previstos legalmente como preceptivos de acuerdo con el artículo 59.2 b) LSCM (apartado 3º).

Asimismo, en lo que aquí interesa, dispone " *suspender la realización y el otorgamiento de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades en el ámbito del Plan Especial, que pudieran resultar afectadas por sus determinaciones*". Tal suspensión automática responde a lo previsto en los artículos 70.4 LSCM y 120.1 RP, sustituye a la establecida por el Acuerdo de fecha 1 de febrero de 2018 y se extendía por plazo de un año, a computar desde el 5 de febrero de 2018, fecha de publicación del Acuerdo, pudiendo ser ampliable otro año.

No se encuentra en la ampliación a la demanda razonamiento en particular a propósito de por qué no procedería en este caso la suspensión en cuestión -pese a la aprobación inicial del PEH que se acordaba- o afirmación de que ésta incurriría en exceso de algún tipo. Las alegaciones discurren de forma dispersa ya reiterando argumentos ofrecidos a propósito del Acuerdo de suspensión potestativa, ya aludiendo a " *otras medidas restrictivas y menos gravosas*" para paliar el " *fallo de mercado*" que pudiera haber identificado el Ayuntamiento (se remite en tal sentido a la LAU o a la LPH sugiriendo que la problemática que pudiere suscitarse por la implantación de las VUT habría de ser resuelta dentro del ámbito del Derecho Privado).

Sea como fuere, no está de más poner de manifiesto que precisamente la aprobación inicial del PEH obligaba a la Administración municipal a acordar tal suspensión. A tal efecto, prevé el artículo 70.4 LSCM que la aprobación inicial " *de un proyecto de Plan de Ordenación Urbanística o de su modificación o revisión comportará dicha suspensión*". Con el mismo carácter imperativo, el artículo 120.1 RP determina que " *la aprobación inicial de los Planes, Normas, Programas, Estudio de Detalle o de su reforma determinará por sí sola la*



*suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente".*

Se está ante una suspensión reglada, de obligado cumplimiento para el Ayuntamiento. Afirma en este sentido la Sala Tercera (Sección 5ª) en Sentencia nº 1280/2017, de 18 de julio (rec. 1264/2016) que " *no se trata de una técnica dirigida hacia el planeamiento, sino más bien de una medida cautelar, que trata de evitar situaciones urbanísticas contrarias a la nueva ordenación. Restrictiva de derechos, en concreto del derecho a edificar, por lo que supone una restricción de los derechos dominicales, constitucionalmente reconocidos en el artículo 33 de la Constitución, y en consecuencia ha de interpretarse restrictivamente*" [F.D. 6º].

Las únicas limitaciones que cabe apreciar -continúa señalando el Tribunal Supremo- son las de carácter territorial (en tanto que la suspensión ha de circunscribirse a las áreas que expresamente se dicen afectadas) y temporal (no exceder del máximo legalmente previsto). Sin embargo, ningún elemento aporta la recurrente -ni tampoco se aprecia por esta Sala- que permita colegir que la suspensión automática no se haya ajustado a la normativa urbanística que le proporciona la adecuada cobertura o que se haya producido un exceso en la misma.

Se sigue de lo que antecede la íntegra desestimación del presente recurso.

#### **SÉPTIMO.- Costas procesales.**

El artículo 139.1 LJCA establece que " *en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*". Y el apartado 3º del mismo precepto indica que " *la imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*".

No obstante la desestimación del recurso, al apreciarse que el caso presentaba serias dudas de derecho en atención a la complejidad de las cuestiones controvertidas y que se constata en los precedentes Fundamentos de Derecho, no se considera procedente hacer expresa imposición de costas.

Viendo los preceptos citados y demás de general aplicación,

#### **FALLAMOS**

Rechazar la inadmisión parcial del recurso contencioso-administrativo, postulada por el Ayuntamiento de Madrid.

Desestimar el recurso interpuesto por la representación de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA contra los Acuerdos de la Comisión de Seguimiento del PGOUM de fecha 23 de enero de 2018 [Tema Nº 349, referente a la "interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico"], de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 1 de febrero de 2018 [por el que se acuerda suspensión potestativa ex artículo 70,4 LSCM] y de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de fecha 26 de julio de 2018 [en particular, su apartado 4º, por el que se acuerda la suspensión automática derivada de la aprobación inicial del PEH]. Todo ello sin costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414-0000-93-0862-18 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0862-18 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO D. JOSÉ DANIEL SANZ HEREDERO**



D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

D. JOSÉ RAMÓN CHULVI MONTANER Dña. MARIA SOLEDAD GAMO SERRANO

D. JOSE DAMIAN IRANZO CEREZO Dña. MARÍA PRENDES VALLE

### Voto particular

que emiten los magistrados de esta Sección don Francisco Javier Canabal Conejos y don José Arturo Fernández García al amparo del artículo 260 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los presentes autos del recurso contencioso-administrativo nº **862/2018**.

Con el máximo respeto a la sentencia mayoritaria recaída en el presente recurso ordinario, aceptando los antecedentes fácticos de la sentencia y los fundamentos en que se recogen las posiciones de las partes, formulamos voto particular discrepante en cuanto a los fundamentos de derecho que a continuación indicamos, que, a nuestro juicio, hubieran debido descansar en razones similares a las que expresaremos.

**PRIMERO.-** Fundamento tercero.

**A.-** El primer punto de disidencia con la posición de la mayoría estriba en el primer acto administrativo recurrido, acuerdo, de 23 de enero de 2018 (tema 349), de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (CSPGOUM), recogido en su totalidad en el citado fundamento cuarto de la sentencia, respecto del que la administración demandada ha opuesto causa de inadmisibilidad por entender que es un acto administrativo no recurrible.

Para un correcto examen de la cuestión litigiosa planteada, ha de recordarse que el decreto de 24 de marzo de 2017 de la Alcaldesa, por el que se aprueban las Normas Regulatoras de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (BOAM 30 de marzo de 2017), dispone en su artículo 4:

*"1. La Comisión tiene como finalidad el seguimiento y la interpretación de las Normas Urbanísticas del Plan General, asegurando la coordinación y unidad de criterio en la aplicación del planeamiento urbanístico por parte de los distintos servicios municipales del Ayuntamiento de Madrid.*

*2. Para el cumplimiento de las finalidades descritas, la Comisión llevará a cabo las funciones siguientes:*

*a) Llevar a cabo el seguimiento de la normativa urbanística municipal proponiendo la adaptación y perfeccionamiento del Plan General y sus Normas Urbanísticas a la evolución legislativa, la jurisprudencia y las alteraciones producidas como consecuencia de la aprobación de las modificaciones puntuales del Plan General, de otros instrumentos de planeamiento y de nuevos reglamentos u ordenanzas municipales.*

*b) Asegurar la unidad de criterio de los servicios municipales en la aplicación e interpretación del Plan General y sus Normas Urbanísticas, para lo que se adoptarán acuerdos vinculantes para los servicios municipales.*

*c) Reflexionar sobre la incidencia de la normativa sectorial en la aplicación del Plan General mediante la articulación de una adecuada sistemática que permita tomar conocimiento y valorar tanto las instrucciones, actos y acuerdos como, en su caso, los proyectos normativos propuestos por otras Áreas con repercusión en la ejecución y/o aplicación del Plan General, pudiendo dictaminar sobre la necesidad o conveniencia de adaptar el Plan General.*

*d) Evaluar periódicamente los estudios de actualización y seguimiento de la evolución de las actividades y sectores relacionados con el planeamiento urbanístico general, con los siguientes objetivos: - Seguimiento de la normativa de diverso alcance. - Articulación y seguimiento de la evolución del sistema dotacional público. - Respuesta ágil y flexible a las constantes demandas municipales y ciudadanas. - Articulación y seguimiento de la actividad urbana y evolución de los sectores. - Integración de políticas sectoriales en el planeamiento urbanístico.*

*e) Aprobar las propuestas de Acuerdo elevadas por la Ponencia Técnica y formular y adoptar cuantos acuerdos resulten pertinentes, en el marco de sus competencias.*

*f) Establecer las directrices generales en las materias que le son propias así como garantizar la coordinación con los distintos servicios municipales a efectos de la adopción de instrucciones que puedan afectar a su ámbito de competencia.*

*3. En el desarrollo de las funciones enumeradas en el apartado 2, la Comisión, mediante acuerdo aprobado conforme a las reglas previstas en el presente decreto, emitirá informes y dictámenes y podrá elaborar propuestas de acuerdo o resolución que elevará, por conducto de la Presidencia, al órgano competente para su aprobación.*

*4. Los acuerdos adoptados por la Comisión no tendrán efectos directos frente a terceros".*



El artículo 11.8 del mismo establece que " Los acuerdos de la Comisión producirán efectos desde el momento de su adopción, teniendo el carácter de Instrucción de servicio, de obligado y general cumplimiento por todos los órganos de la Administración municipal, organismos autónomos y empresas de ellas dependientes ".

El 11.9 indica que " Los acuerdos de la Comisión se publicarán en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid, divulgándose entre los Servicios Municipales por los procedimientos ordinarios. Sin perjuicio de ello y para su mejor conocimiento se publicarán a través de los medios electrónicos oportunos los referidos acuerdos, así como las posibles instrucciones interpretativas que pudieran dictar los órganos directivos del Área competente en materia de planeamiento urbanístico, de las que se dará oportuna cuenta a la Comisión de Seguimiento. Del mismo modo se editarán las pertinentes refundiciones y recopilaciones normativas".

El artículo 6 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone: "1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir".

De las Normas Urbanísticas ( NNUU) del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid( PGOUM ) de 1997 ( última actualización de 2008) se han de recordar los siguientes artículos de aplicación a las cuestiones litigiosas deducidas de los escritos de las partes y arriba expuestas en resumen:

#### " Artículo 1.1.5 Interpretación del Plan General (N-1)

1. Las Normas de este Plan se interpretarán atendiendo a su contenido y con sujeción a los objetivos y finalidades expresados en la Memoria.

2. En caso de discrepancia entre los documentos gráficos y escritos, se otorgará primacía al texto sobre el dibujo.

3. En caso de discrepancias entre documentos gráficos, tendrá primacía el de mayor sobre el de menor escala, salvo que del texto se desprendiera una interpretación contraria.

4. Cada uno de los documentos del Plan General predomina sobre los demás en lo que respecta a sus contenidos específicos, detallados en el art. 1.1.3 de estas Normas.

5. En la interpretación del Plan prevalecerán como criterios aquellos más favorables al mejor equilibrio entre aprovechamiento edificatorio y equipamientos urbanos, a la mejora de los espacios libres, a la mejor conservación del patrimonio protegido, al menor deterioro del ambiente natural, del paisaje y de la imagen urbana, y al interés más general de la colectividad.

6. Con el fin de regular el procedimiento a seguir para la interpretación del Plan General, en caso de dudas, aclaraciones o discrepancias, se constituirá una Comisión Técnica de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, cuya composición y funcionamiento se ajustarán a las disposiciones que a tal efecto se aprueben. Dicha Comisión informará, en su caso, los temas de su competencia con carácter previo a la adopción de los actos administrativos correspondientes.

#### Artículo 7.3.1 Definición y clases (N-1)

1. Es uso residencial el que sirve para proporcionar alojamiento permanente a las personas.

2. A los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, se distinguen las siguientes clases:

a) Clase vivienda: Cuando la residencia se destina al alojamiento de personas que configuran un núcleo con los comportamientos habituales de las familias, tengan o no relación de parentesco. Se distinguen dos categorías:

i) Vivienda colectiva: Cuando en cada unidad parcelaria se edifica más de una vivienda.

ii) Vivienda unifamiliar: Cuando en la unidad parcelaria se edifica una sola vivienda(...)

b) Clase residencia comunitaria: La que está destinada al alojamiento estable de colectivos que no constituyan núcleos familiares, pero que les unen vínculos de carácter religioso, social o semejantes.

#### Artículo 7.6.1 Definición y clases (N-1)



1. Es uso de servicio terciario el que tiene por finalidad la prestación de servicios al público, las empresas u organismos, tales como los servicios de alojamiento temporal, comercio al por menor en sus distintas formas, información, administración, gestión, actividades de intermediación financiera u otras similares.

2. Bajo un punto de vista urbanístico a los efectos de su pormenorización en el espacio y el establecimiento de condiciones particulares, se distinguen las siguientes clases, sin perjuicio de otras clasificaciones sectoriales de carácter municipal o supramunicipal propias de las actividades comprendidas en cada uso:

a) *Hospedaje*: Cuando el servicio terciario se destina a proporcionar alojamiento temporal a las personas. Esta clase de uso, a los efectos de las presentes Normas y atendiendo a las diferentes modalidades de alojamientos, se remite a las vigentes Normas sectoriales en la materia (...)

Artículo 7.6.3 Condiciones particulares (N-2)668

"Las actividades comprendidas en esta clase de uso se ajustarán a los requisitos técnicos mínimos establecidos en la normativa sectorial aplicable vigente".

Incluye este artículo el apartado i) "Terciario: Las modalidades de alojamiento temporal distintas de hoteles, tales como apartamentos turísticos, hoteles-apartamentos, pensiones, hostales, casas de huéspedes o las similares que pudiera establecer la normativa sectorial, no se podrán implantar en parcelas cuyo uso cualificado sea el industrial o industrial en coexistencia con terciario de oficinas, salvo que la regulación de dichas parcelas admita, como uso alternativo o autorizable, el uso residencial en su categoría de vivienda colectiva".

Este último apartado fue incluido por la modificación puntual del PGOUM de 1997 aprobada definitivamente por resolución de 1 de agosto de 2007, de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del territorio de la Comunidad de Madrid (publicada en el BOCM de 4 de febrero de 2008).

En esta misma modificación se dio nueva redacción a los siguientes artículos de esas NNUU que quedaron redactados en los siguientes términos:

Artículo 8.9.17.2.c.) grado 3º: i) *Terciario Hospedaje, en su modalidad de establecimiento hotelero, hotel, en edificio exclusivo. Queda expresamente prohibida la implantación en sus modalidades de apartamentos turísticos, hoteles, apartamentos, pensiones, hostales, casas de huéspedes u otras similares que pudiera establecer la normativa sectorial* ".

Artículo 8.9.17.3 c) grados 4º y 5º: " ii) *Terciario Hospedaje, en su modalidad de establecimiento hotelero, hotel, en edificio exclusivo, con una edificabilidad máxima de uno con seis (1,6) metros cuadrados por metro cuadrado de parcela edificable. Queda expresamente prohibida la implantación en sus modalidades de apartamentos turísticos, hoteles-apartamentos, pensiones, hostales, casas de huéspedes u otras similares que pudiera establecer la normativa sectorial*"

La Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid, en sus artículos 24 y 25 establece:

"Artículo 24. Definición.

1. A los efectos de esta Ley, se entiende por actividad turística de alojamiento la ejercida por las empresas que presten servicios de hospedaje al público mediante precio, de forma profesional y habitual, bien sea de modo permanente o temporal, con o sin prestación de servicios complementarios.

2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley, las actividades de alojamiento que tengan fines institucionales, sociales, asistenciales, laborales, o se desarrollen en el marco de programas de la Administración dirigidos a la infancia y a la juventud.

Artículo 25. Modalidades.

Los servicios de alojamiento turístico se ofertarán bajo alguna de las siguientes modalidades: a) Establecimientos hoteleros.

b) Apartamentos turísticos.

c) Campamentos de turismo.

d) Establecimientos de turismo rural.

e) Cualquier otra que reglamentariamente se determine".

El Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 2:



"1. Definición de apartamento turístico: se consideran apartamentos turísticos los inmuebles integrados por unidades de alojamiento complejas, dotadas de instalaciones, equipamientos y servicios en condiciones de ocupación inmediata, destinados de forma habitual por sus propietarios o representantes, al alojamiento turístico ocasional, sin carácter de residencia permanente para los usuarios, mediante precio y cumplan con el principio de unidad de explotación.

2. Definición de vivienda de uso turístico: tienen la consideración de viviendas de uso turístico aquellos pisos, estudios, apartamentos o casas que, de forma habitual, amueblados y equipados en condiciones de uso inmediato, son comercializados y promocionados en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, para ser cedidos en su totalidad con fines de alojamiento turístico y a cambio de un precio.

3. Ejercicio habitual de la actividad turística: la actividad de alojamiento turístico se ejerce de forma habitual desde el momento en que el interesado se publicita por cualquier medio y presenta la preceptiva Declaración Responsable de inicio de actividad prevista en los artículos 11 y 17.

4. Certificado de idoneidad para vivienda de uso turístico (CIVUT).

A los efectos de lo dispuesto en este Decreto se entiende por CIVUT el documento emitido por técnico competente en el que, tras efectuar una comprobación in situ, se acredita que una vivienda de uso turístico cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 bis de este Decreto. Serán técnicos competentes para la suscripción de dicho CIVUT quienes están en posesión del título de arquitecto o arquitecto técnico".

En su artículo 3, Prestación del servicio de alojamiento, señala:

"1. La prestación del servicio de alojamiento en apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico se ejercerá bajo el principio de unidad de explotación, mediante precio, de forma profesional y habitual, sin carácter de residencia permanente.

2. Se entenderá por habitualidad el ejercicio de la actividad turística durante un período mínimo de tres meses continuados durante el año natural.

3. Las empresas que presten servicios de alojamiento turístico bajo las modalidades objeto de este Decreto ejercerán su actividad bajo el principio de unidad de explotación empresarial, entendiéndose por tal el sometimiento de la actividad turística de alojamiento a una única titularidad empresarial ejercida en cada establecimiento o conjunto unitario de construcciones, edificio o parte homogénea del mismo."

El artículo 151.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid (LSCM) dispone:  
" 1. Están sujetos a licencia urbanística, en los términos de la presente Ley y sin perjuicio de las demás autorizaciones que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable, todos los actos de uso del suelo, construcción y edificación para la implantación y el desarrollo de actividades y, en particular, los siguientes:

a) Las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación.

b) Las obras de edificación, así como las de construcción e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta.

c) Las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad y destino.

d) Las obras y los usos que hayan de realizarse con carácter provisional.

e) La demolición de las construcciones y los edificios, salvo en los casos declarados de ruina física inminente.

f) La primera utilización y ocupación de los edificios e instalaciones en general.

g) El cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.

h) Los movimientos de tierra y las obras de desmonte y explanación en cualquier clase de suelo.

i) La extracción de áridos y la explotación de canteras.

j) La acumulación de vertidos y el depósito de materiales ajenos a las características propias del paisaje natural que contribuyan al deterioro o degradación del mismo.

k) El cerramiento de fincas, muros y vallados.

l) La apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación.

m) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, provisionales o permanentes.



- n) La instalación de invernaderos o instalaciones similares.
- ñ) La tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados que, por sus características, puedan afectar al paisaje o estén protegidos por la legislación sectorial correspondiente.
- o) La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.
- p) Las instalaciones que afecten al subsuelo.
- q) La instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y la colocación de antenas o dispositivos de telecomunicaciones de cualquier clase.
- r) La construcción de presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, vías públicas o privadas y, en general, cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio.
- s) Los actos de construcción, edificación e intervención consistente en ampliación, mejora, reforma, modificación o rehabilitación de las instalaciones existentes, en los aeropuertos y estaciones destinadas al transporte terrestre, salvo lo dispuesto por la legislación estatal.
- t) Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento urbanístico".

El artículo 3.11 de la Ley 17/2009 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, dispone: "A los efectos de esta Ley se entenderá por: 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".

En la sentencia 853/2017, de 11 de diciembre, de esta Sección, recurso 370/2017, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo 1847/2019, de 18 de diciembre de 2019, recurso 1364/20189, se decía en lo que interesa al presente caso, concretamente, respecto a la segunda causa de inadmisibilidad del recurso opuesta por el ayuntamiento demandado: "Un adecuado análisis de esta primera cuestión exige con carácter previo y esencial determinar la naturaleza jurídica de la instrucción impugnada, cuyo preámbulo y partes dispositivas se han expuesto esquemáticamente en el fundamento de derecho primero.

No se ha discutido en ningún momento por las partes que este Tribunal y Sección sean los competentes para resolver el presente recurso. Se hace esta aclaración por cuanto que el ayuntamiento demandado alega que la instrucción es un mero acto administrativo de carácter municipal y puramente organizativo sin trascendencia al exterior, y por ello, incluso no recurrible en vía jurisdiccional.

Esta Sección, según las normas de reparto que rigen en esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revisa la legalidad de los instrumentos de ordenación urbanística, como son los planes generales de ordenación urbana, que legal y doctrinalmente son considerados disposiciones de carácter general. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2012. (Recurso de Casación 2305/2008 ): "La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias ( artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (Casación 5100/2005)".

Parte integrante de estos instrumentos de ordenación son las normas urbanísticas o NNUU (artículo 43,e de la LSM), que, en este caso, tres artículos de las del PGOU de Madrid de 1997, con la modificación de 2008 indicada, constituyen el objeto de la instrucción recurrida, para, según su memoria, aclarar algunos de sus pronunciamientos.

En materia de urbanística la aprobación de un instrumento de ordenación urbana como es un plan general se ha de tramitar y aprobar, en un primer momento y tras el correspondiente y vinculante trámite de exposición al público y emisión de los preceptivos informes (aprobación inicial y provisional), por el órgano colegiado de los ayuntamientos de carácter superior: el pleno ( artículos 57 y ss. de la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid-LSM , y 22.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local-LBRL -); y posteriormente, de forma definitiva, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma ( artículo



61 de la LSM). Su modificación, en el sentido de cualquier alteración, se ha de verificar por la misma clase de plan e idéntico procedimiento seguido para su aprobación (artículo 67 de la LSM) (...).

El artículo 6 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone: "1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir".

La redacción del presente precepto legal es similar al 21 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por ello se ha de recordar la doctrina jurisprudencial existente respecto a dicho precepto, si bien previamente se ha de hacer un pequeño resumen de sus antecedentes legislativos.

Estas instrucciones y órdenes de servicio (antiguas circulares del artículo 7 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958), cuyo contenido puede ser muy diverso: fijar unos criterios a seguir por los funcionarios ante concretas situaciones; o la forma en que se ha de interpretar y aplicar algún precepto legal o reglamentario; o imponer objetivos a cumplir las unidades administrativas.

La Jurisprudencia es unánime y uniforme al indicar que dichas instrucciones o circulares tiene una simple eficacia ad intra de la organización administrativa, por lo que se dirigen a los inferiores jerárquicos, no a los particulares. Ello impide que puedan considerarse normas reglamentarias. De ahí que su eventual incumplimiento, por sí solo, como disponía ese artículo 21.1 de la Ley 30/1992 y el vigente 6.2 de la Ley 40/2015, no afecta a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir. En tal sentido, SSTs 21 de junio de 2006, 2 de marzo de 2007 y 17 de octubre de 2007.

Como arriba se dijo, el ayuntamiento demandado opone fundamentalmente que la instrucción impugnada no es una disposición general, sino ese instrumento de organización interna dirigida a los funcionarios de la corporación para aclarar algunas expresiones de concretos artículos de las NNUU del plan general en lo referente a los patios de manzana.

Sin embargo, a criterio de este Tribunal, una mera lectura de esos elementos que estructuran la instrucción y que, como se ha dicho, se han recogido de forma resumida al principio de los presentes fundamentos jurídicos, lleva a la conclusión, en primer lugar, de que todos sus amplios pronunciamientos no van dirigidos a los funcionarios de ese ayuntamiento, sino a los particulares que quieran realizar alguna intervención en los patios de manzana de los inmuebles ubicados en el término municipal (...).

**B)** A tenor de los anteriores antecedentes normativos y doctrinales, la segunda causa de inadmisibilidad opuesta por el ayuntamiento demandado, que aunque no lo diga expresamente, se ampara en los artículos 1, 25 y 69,c) de la LJCA, al entender que con el recurso se pretende atacar una actuación administrativa no susceptible de impugnación, ha de decaer pues, como ahora se expondrá ampliamente, no se está en el caso de un acto administrativo no recurrible.

En este punto destacar que el ayuntamiento demandado en ningún caso, dado que entiende que es una mera resolución administrativa dictada por una corporación local, ha opuesto la falta de competencia de esta Sala pues su conocimiento según dicha posición correspondería, a tenor del artículo 8 de la LJCA, a los juzgados de lo contencioso.

En este concreto particular también el voto mayoritario de la Sala desestima dicha excepción pues entiende esencialmente que el contenido del acuerdo tiene efectos frente a terceros pero sólo de aclaración e interpretación, concluyendo esencialmente que no se extralimita en sus estrictas funciones según la normativa que regula esa comisión y que arriba se ha transcrito.

A criterio de los magistrados que suscriben este voto particular, la aceptación de que dicho contenido del acuerdo recurrido proyecta efectos más allá del ámbito interno de la administración municipal evidencia, según la doctrina mantenida en la sentencia de esta Sección arriba expuesta, en primer lugar que no se está en el caso de esa simple instrucción de servicio con efectos ad intra ( artículo 11.8 en relación con el 4.4, ambos del decreto de la Alcaldesa de 24 de marzo de 2017, y 6 de la Ley 40/2015), sino en un caso de clara extralimitación de una mera función de interpretación que a tenor de su regulación, tanto en las NNUU como en el decreto de



la Alcaldesa, ha de circunscribirse exclusivamente a aclarar dudas a los funcionarios de esa Administración respecto, en este caso, de los artículos de esas normas objeto de dicha función interpretadora.

Se ha de resaltar que el acuerdo, tema 349, de la comisión se denomina : *"Interpretación sobre la adscripción de uso y condiciones de aplicación que se han de requerir a los apartamentos turísticos y a las viviendas de uso turístico"*. Lo primero que llama la atención, tras una detenida lectura de su contenido, es que, a diferencia de lo que ocurre en la práctica normal de dicha comisión cuando interpreta por ejemplo los preceptos de esas NNUU del PGOUM de 1997( se puede consultar el compendio que consta en la página WEB del Ayuntamiento de Madrid), no se transcribe el precepto en cuestión y a continuación, dadas las dudas o aclaraciones o discrepancias (NNUU 1.1.5. 6º), se indica la interpretación que se ha de hacer del mismo por los órganos y funcionarios municipales que lo hayan de aplicar, todo lo cual siguiendo los criterios de interpretación que se establecen en los cinco puntos anteriores del artículo 1.1.5 de las NNUU.

También sorprende el lenguaje imperativo en la redacción del acuerdo ( "deben", "deberá", "será", "ha de ser"), que se contradice con el de una mera función de aclaración de dudas o discrepancias. Todo ello además dirigido a actos de particulares relacionados con los apartamentos turísticos y viviendas turísticas y ordenando directamente actuaciones administrativas nuevas de control e intervención sobre los mismos.

Respecto a la primera modalidad (apartamentos turísticos), la primera vez que se menciona por el planificador del PGOUM de 1997 es en la modificación puntual de las NNUU aprobadas definitivamente el 30 de julio de 2007(BOCM de 4 de febrero de 2008). Es decir, se le sitúa en esa modalidad de uso terciario de hospedaje con distintas consecuencias de prohibición a través de una modificación del primer instrumento de ordenación territorial en cuanto estructurante de la misma en su integridad y pormenorizada en las distintas clases de suelo, que está por encima de los instrumentos de desarrollo (artículos 41 y ss. y 47 y ss. de la LSCM). En ese momento, respecto a dicho uso terciario de hospedaje, seguía y actualmente sigue intacto el literal del artículo 7.6.3 Condiciones particulares (N-2) cuando dice *"Las actividades comprendidas en esta clase de uso se ajustarán a los requisitos técnicos mínimos establecidos en la normativa sectorial aplicable vigente"*. Ello confirma que cuando el planificador quiere regular un nuevo uso terciario de hospedaje en relación a otros usos terciarios como industriales o de oficina o usos residenciales, acude a la modificación del PGOUM aunque exista norma sectorial sobre el mismo y a la que se remite expresamente, pues entiende lógicamente que la regulación del nuevo uso puede afectar a la ordenación general de aquél en un aspecto puntual y por ello lleva a cabo su modificación de acuerdo con la normativa que lo regula( artículo 67 en relación con el 56 y concordantes, todos ellos de la LSCM).

En esta línea se muestra la propia comisión en el último párrafo de su acuerdo, no obstante haber establecido antes toda una regulación específica con carácter imperativo y novedoso frente a todos de esas dos modalidades en cuestión, cuando dice que *"considera conveniente que se inicien los trabajos necesarios para concretar la modificación de la normativa urbanística vigente en esta materia al objeto de incluir en la misma otros aspectos de carácter territorial, ambiental y urbanístico no contemplados por la normativa sectorial...."*.

Lo que evidencia con meridiana claridad que el acuerdo impugnado se extralimita de forma clamorosa en sus meras funciones de interpretación ad intra es que se centra también, con esas formas innovadoras e imperativas, en una figura de alojamiento no temporal no recogida en ese momento por el PGOUM de 1997, y las extiende hasta incluso complementar su regulación que por primera vez se hace por el citado Decreto 79/2014, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid. Es decir, las viviendas de uso turístico, introduciendo condiciones respecto a la necesidad de permiso municipal (título habilitante para implantar y ejercer la actividad) en una función que no es evidentemente la suya, a que aquellas se exploten en unidad empresarial en su ejercicio y a que se ejerzan en su totalidad más allá de tres meses en un año; estableciendo a continuación cuatro criterios urbanísticos que se imponen necesariamente a fin de poder obtener la habilitación para ejercer ese concreto tipo de actividad ( residencial en su origen, como la propia comisión reconoce al remitirse al código de la edificación) que como se ha dicho no se recoge en el PGOUM de 1997 y sólo está regulada por la normativa sectorial expuesta, a la que se remite expresamente dicho planificador, como se ha expuesto también reiteradamente pero para los hospedajes previstos en las NNUU de ese planeamiento. Sin embargo, la comisión va mucho más allá, sin tener competencia para ello y sin seguir el procedimiento legal pues, se insiste, se está claramente en el caso de una encubierta modificación del PGOUM de 1997.

En ningún caso se puede deducir del literal del artículo 7.6.1.2, a) de las NNUU del PGOUM que una vivienda de uso turístico automáticamente se considere como ese uso terciario en la clase de hospedaje destinado a *"proporcionar alojamiento temporal a las personas"*. El planificador en ese momento no se estaba refiriendo a la actividad de viviendas de uso turístico que todavía no existía, sino a las que vulgarmente se conocía como casa de huéspedes o fondas o pensiones que se ejercía en unidad empresarial en edificios de viviendas o

sólo de esos establecimientos de hostelería menor, como se recogen expresamente en esa normativa. Las viviendas de uso turístico es otro tipo de actividad y así se regula en el decreto autonómico citado.

Cuando este tipo de actividad nueva se regula por tal decreto, el ayuntamiento demandado, que pretende según su defensa, regular los aspectos urbanísticos de aquella en cuanto uso terciario de hospedaje, sin embargo acude en primer lugar a una comisión que como se ha dicho no tiene competencia para ello, hasta el punto de que la misma lo reconoce al final del acuerdo. Sin embargo, antes establece con ese lenguaje imperativo una auténtica normativa urbanística de esas viviendas de uso turístico, complementando las exigencias autonómicas, lo cual, como ahora se expondrá, con efectos además en un acto posterior de suspensión de autorizaciones de dichas viviendas y actuación de los órganos municipales de inspección a tal fin.

El hecho de que esta Sala considere en distintas sentencias que existen casos en que ese tipo de uso de las viviendas no es residencial sino terciario y sea necesario una licencia que cambie el uso urbanístico, no puede en ningún caso ser argumento para justificar que una comisión cuyas funciones son meramente de interpretación se arrogue la facultad de dictar toda una regulación urbanística de ese tipo de actividad con los efectos expuestos.

En consecuencia, y como ya se establecía en la sentencia de esta Sección arriba reseñada y que trata un caso similar al presente, también en este los anteriores pronunciamientos reseñados conducen a declarar la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la CSPGOUM impugnada, al vulnerar de forma flagrante el artículo 47.1, letras b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Efectivamente, dicha resolución administrativa se ha dictado por un órgano manifiestamente incompetente, pues al ser en realidad una disposición de carácter general (modificación de una parte esencial de un plan general de ordenación urbana), debió de aprobarse, en su caso, inicial y provisionalmente por el pleno de la corporación y posteriormente por el competente de la Administración autonómica ("Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio"); y a través de la tramitación, arriba también expuesta, que esquiva la legalmente exigible para dicha modificación normativa ("Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...").

**SEGUNDO.-** Fundamentos cuarto y quinto.

En estos fundamentos se examina la legalidad del acto de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Madrid de 1 de febrero de 2018 ( publicado el 5 de febrero de 2018 en el BOCM), por el que se suspende la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades, excepto licencias de primera ocupación y funcionamiento, por un plazo de un año ampliable a otro más, en los ámbitos que en el mismo se describen.

La citada suspensión alcanza a :

*"- El uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje, en régimen de interrelación de uso compatible, en edificios existentes de uso residencial en el Distrito de Centro.*

*- El uso de servicios terciarios, en la modalidad de vivienda de uso turístico de la clase de hospedaje, en régimen de interrelación de uso compatible, en edificios existentes de uso residencial en los barrios de Palos de Moguer en el Distrito de Arganzuela; de Recoletos y Goya en el Distrito de Salamanca; de Trafalgar en el Distrito de Chamberí, y de Argüelles en el Distrito de Moncloa-Aravaca.*

*Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.4 de Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid , a los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación del instrumento de planeamiento que regule los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje".*

Dicho acto tiene su antecedente inmediato en la resolución de 23 de enero de 2018 del Director General de Planeamiento y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Madrid ("Formación de instrumento de planeamiento que regule los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje"), en el que se menciona expresamente el referido acuerdo de la CSPGOUM de ese mismo día.

En la misma se resalta en primer lugar lo establecido en ese acuerdo de la comisión de que dentro del marco del marco urbanístico vigente los usos de los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, cuando se ejercen en las condiciones establecidas en la legislación autonómica, son tipos concretos del uso de hospedaje.

También esa resolución del director general menciona el último párrafo de dicho acuerdo respecto a que en relación con los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico, se inicien los trabajos necesarios para concretar la modificación de la normativa urbanística vigente en esta materia.

Igualmente señala los trabajos previos del ayuntamiento en 2016 y 2017 de "La Oferta de Alojamiento Turístico en Madrid. Características y Distribución Territorial" y "Análisis de Impacto de las viviendas de uso turístico en el Distrito Centro"; así como que el Área de Gobierno y Desarrollo Urbano Sostenible ha iniciado trabajo de diagnóstico de la situación en el conjunto urbano de todas las modalidades de alojamiento.

A continuación resuelve, a tenor de la competencias atribuidas a los distintos órganos del ayuntamiento, a que se proceda, " por la Oficina de Estudios y Evaluación Urbana y La Subdirección General de Planeamiento Urbanístico, al desarrollo de actuaciones que conduzcan a la formación y tramitación de un instrumento de planeamiento que concrete la regulación de los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje, que haga efectiva la recomendación de la Comisión, y las conclusiones de los estudios municipales citados en el párrafo anterior.

*En este marco, resulta necesario además que, con carácter previo a la aprobación inicial del planeamiento cuya elaboración se insta, con el fin de evitar el aumento de actuaciones que, amparadas en la normativa vigente, puedan estar distorsionando una distribución territorial razonable de los usos y actividades e impedir las concentraciones que repercutan negativamente en los tejidos urbanos y la implantación en los edificios que perturbe la convivencia y seguridad de sus habitantes, así como posibles situaciones de fuera de ordenación en el futuro, a los efectos de elaboración, formación, tramitación y aprobación del planeamiento urbanístico que se dispone tramitar, se eleve al órgano competente propuesta de suspensión cautelar de la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades relacionados con el objeto del mismo, señalando el ámbito temporal, territorial, objetivo concreto de la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades que deberán suspenderse" ( este documento consta como prueba en el procedimiento PO 645/2018 de esta misma sección).*

Lo que llama la atención de esta resolución es que se dicta el mismo día del acuerdo de la GSPGOUM y propone, a tenor de éste, que se suspenda esos usos entre los que están obviamente los de los apartamentos turísticos y viviendas de uso turístico que cumplan las condiciones de la normativa autonómica que los regula. Ello corrobora lo dicho en el anterior fundamento de los efectos respecto a terceros del reiterado acuerdo de la GSPGOUM de esa misma fecha.

Junto a este pilar, el acto de suspensión que se dicta el 1 de febrero de 2018, el mismo día en que se publica el acuerdo de 23 de enero de la GSPGOUM, y se publica el 5 de febrero de 2018 en el BOCAM, argumenta su razón de ser en el artículo 70.4 de la LSCM ( "A los efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación de todo tipo de instrumentos de planeamiento urbanístico y de sus modificaciones o revisiones e incluso en la fase de avance de planeamiento, podrá suspenderse la realización de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades. La aprobación inicial de un proyecto de Plan de Ordenación Urbanística o de su modificación o revisión comportará dicha suspensión).

El presente voto disidente considera que dicha suspensión, que ya se tenía programada desde el 23 de enero de 2018, y a tenor de un acuerdo de una comisión que como se ha expuesto se extralimita de forma evidente de sus únicas funciones interpretativas de cara a aclarar dudas a los funcionarios municipales que han de aplicar el PGOUM de 1997, en ningún caso es encuadrable en ese supuesto de suspensión previsto en el citado precepto de la LSCM pues no existen esos trabajos preparatorios que habilitan a tal acuerdo con semejantes efectos limitativos de derechos de los interesados.

Ni siquiera en el acto ni en la resolución previa se indica el instrumento de ordenación que se va a utilizar para esa finalidad del planeamiento que regule los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje.

Los informes previos que se mencionan en esa resolución que acuerda meramente el inicio de la elaboración de los trabajos no son esos trabajos previos y necesarios de un instrumento de ordenación urbanística de los previstos en la LSCM( artículos 41 y ss.) sino sólo estudios sobre las viviendas de uso turístico, especialmente en la zona centro de Madrid y sin que conste su publicidad. Se ha de incidir en que todo plan urbanístico configura, delimita o define el contenido del derecho de propiedad. Por ello, la frase " a efectos de la elaboración, formación, tramitación y aprobación de todo tipo de instrumentos de planeamiento urbanístico y de sus modificaciones o revisiones" en ningún caso puede interpretarse como que una simple orden de proceder, en este caso, " al desarrollo de actuaciones que conduzcan a la formación y tramitación de un instrumento de planeamiento que concrete la regulación de los usos compatibles y autorizables del uso de servicios terciarios en su clase de hospedaje".

Hay que resaltar que esa facultad que otorga el legislador urbanístico al planificador que va a delimitar con el instrumento de ordenación de dicha naturaleza ese derecho de propiedad ( artículo 33 de la Constitución 33) le anticipa también la posibilidad ya de actuar con carácter suspensivo sobre dicho derecho, pero habla a los efectos de los cuatro trámites necesarios para su creación, no de uno solo de ellos. Por tanto, y ello

es lógico porque se está hablando de una suspensión de un derecho individual, no basta una mera orden de elaborar el instrumento en cuestión sino de la existencia previa de esos trabajos mínimos y necesarios para su elaboración, formación, tramitación y aprobación. De ahí que a continuación diga el legislador que incluso en casos de avance se podrá adoptar esa suspensión, es decir, porque dicho avance es la base o núcleo central de lo que va a ser el instrumento en cuestión, porque no está todavía formado en su integridad (es un proyecto), y es previo a la aprobación inicial en que si es automática la suspensión porque ya en ese momento se conoce la integridad del plan que se pretende aprobar.

Pero es que además, y se ha de reiterar, en este caso sólo existe esa orden en los términos expuestos dictada siete días antes del acuerdo de suspensión, sin que en ese momento exista trabajo alguno ni siquiera avance de un instrumento de ordenación urbanística del que tampoco nada se conocía.

En este punto, y en respuesta a lo razonado por el voto mayoritario en tal sentido, se ha de reproducir lo expuesto en el voto particular emitido por los mismos suscribientes del presente en el recurso de apelación 458/2020: " *Conviene realizar una serie de precisiones. Si para determinados instrumentos la redacción de un Avance resulta facultativa (vid. art. 56.2 LSCM) si éste no existe será debido a que no se han realizado trabajos de elaboración previos puesto que, en caso contrario, existirá una actividad planificadora clandestina que infringiría el artículo 56 bis de la LSCM ya que nunca puede haber un Avance en los términos definidos jurisprudenciales, tal y como se recogen en los Fundamentos de la Sentencia, sin que esos estudios hayan ganado la publicidad necesaria para alcanzar la naturaleza de la figura en cuestión. En todo caso, resulta necesario precisar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2016 que se cita, además de lo que se reproduce, señala también, respecto de los Avances, que "el acuerdo de formulación de un plan constituye en efecto un acto preparatorio del procedimiento correspondiente, el primero de los actos adoptados al respecto cuyo objeto es precisamente la iniciación misma de dicho procedimiento".*

Quizás, y hablamos en términos de reflexión, la cuestión consista en determinar que se debe entender por acuerdo de formulación lo que nos llevaría a los artículos 115 y ss del Reglamento de Planeamiento. En dicha norma los Avances están configurados como actos preparatorios y sirven como "orientación a la redacción de los Planes sobre bases aceptadas" y se exige un acuerdo específico (vid. art. 116.5 RPU) que ha de ser incorporado al respectivo Plan. Quizás, seguimos en el mismo camino de la reflexión, el acuerdo de formulación se retrotraiga, cuando exista, a la formulación del Avance como acto preparatorio lo que tendría su lógica dado que dicho Avance, como se indicó, viene a sentar las bases de la futura ordenación pero, en tal caso, volvemos a chocar con la necesidad formal de su tramitación y aprobación.

La Sentencia otorga trascendencia al adverbio "incluso" que contiene el artículo 70.4 de la LSC cuando, en realidad, debería haber analizado el sustantivo "fase". Cuando se refiere a la "fase de avance del planeamiento" solo se puede entender en los términos recogidos en el artículo 56.3 de igual texto y ello es así porque el número 2 de dicho precepto solo permite "formalizar" los trabajos previos de elaboración bajo tal denominación cuando los mismos hayan adquirido el suficiente grado de desarrollo pero, en todo caso, el número 4 de este precepto exige una tramitación y una aprobación de dicho Avance. Sería en esa fase de tramitación en la que cabría la aplicación del artículo 70.4 pero dicha fase, como se ha indicado, conlleva unos trámites preceptivos que no constan.

La doctrina sentada viene a consagrar la posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución por parte del planificador y sirva como ejemplo lo acontecido en autos donde nos encontramos con que unos simples estudios en relación con "La Oferta de Alojamiento Turístico en Madrid. Características y Distribución Territorial" y sobre el "Análisis de Impacto de las viviendas de uso turístico en el Distrito Centro" en los años 2016 y 2017 que no aparecen reflejados en el Acuerdo y que no han tenido publicidad alguna han bastado para acordar una suspensión general de usos. Ni siquiera se llegan a expresar la realización de trabajos de elaboración de un instrumento de planeamiento que habiendo adquirido el suficiente grado de desarrollo permitan su formalización con la denominación de Avance, tal y como establece el artículo 56.2 de la LSCM. Es más, la propia Sentencia tiene que acudir al acuerdo de aprobación inicial de un posterior Plan Especial, ahora ya se llega a saber la intención planificadora, para encontrar la motivación del Acuerdo de suspensión.

El artículo 5 e) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, consagra el derecho del ciudadano a "participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas.", derecho también recogido en el artículo 3.1 d) de la Ley Autonómica, y que tiene su reflejo, en lo que a la cuestión atañe, en el artículo 56 bis de la LSCM. Si el estado de los estudios y trabajos previos, que ni es el caso de autos ni se llega a analizar en la Sentencia qué se debe entender por ellos, son de tal grado que la aprobación inicial resulta inminente no puede existir Avance en los términos regulados en el artículo 56 LSCM sino eso, estudios y trabajos previos que sirven de base a la aprobación inicial. No hay que olvidar que dicho precepto establece el carácter facultativo de

*la redacción de los Avances cuando el instrumento no sea un Plan General o un Plan de Sectorización y si no hay Avance no puede haber suspensión en los términos del artículo 70.4 de la LSCM".*

Obviamente, esos incumplimientos de la normativa expuesta sólo pueden llevar a la anulación del citado segundo acto recurrido por no ajustarse a derecho ( artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Ello sin necesidad ya de entrar a valorar los motivos de impugnación de inexistencia de razón imperiosa de interés general concurrente, y de vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

**TERCERO.-** Fundamentos cuarto y sexto.

En este particular se examina la legalidad del último acto impugnado, el apartado cuarto del acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 26 de julio de 2018, publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 196, de 17 de agosto de 2018, que en relación al Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje (PEH) en los distritos de Centro, Arganzuela, Retiro, Salamanca, Chamartín, Tetuán, Chamberí, Moncloa- Aravaca, Latina, Carabanchel y Usera, cuya aprobación inicial se adopta en el apartado primero.

Dicho apartado cuarto dispone:

*" Suspende la realización y el otorgamiento de actos de uso del suelo, de construcción y edificación y de ejecución de actividades en el ámbito del Plan Especial, que pudieran resultar afectadas por sus determinaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70.4 de la citada Ley 9/2001 y 120 del Reglamento de Planeamiento , aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio. Esta suspensión, que sustituye a la establecida por el Acuerdo de 1 de febrero de 2018, será por un plazo de un año, cuyo cómputo se inició el 5 de febrero de 2018, fecha en que se publicó el Acuerdo, pudiendo ser ampliable otro año".*

La propia Administración demandada ha reconocido en su contestación a la demanda que el acto de suspensión acordado con la aprobación inicial del reseñado plan especial es una continuación necesaria de la suspensión previa de 1 de febrero de 2018 y se fundamenta en que la normativa urbanística (artículo 74.2, último inciso de la LSCM) prevé su aplicación automática en ese trámite primero de formación de un instrumento de planeamiento.

Enlazando con lo expuesto en anterior fundamento, sorprende también que este último acto se dicta solamente seis meses después del de suspensión de 1 de febrero de 2018 y ya con el mismo sí se conoce el instrumento urbanístico que se va a utilizar por el ayuntamiento para regular el uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje en 11 distritos de la ciudad, siendo elemento novedoso y fundamental las viviendas de uso turístico.

En tanto que es continuación del anterior, el presente acto aduce de los mismos vicios de anulación puesto que no están justificadas las razones de esa suspensión, pero es que además el instrumento aplicado, en la línea de lo arriba ya razonado, no es idóneo pues la citada regulación urbanística de ese nuevo uso se debería de hacer, como ha ocurrido en otros casos, mediante una modificación del PGOUM de 1997. Extremo este que, como arriba se expuso, ya lo anunció en su parte final el citado acuerdo impugnado de la comisión de seguimiento.

También en la línea ya anticipada, una regulación de usos como la pretendida por el citado Plan Especial que se aprueba inicialmente vulnera claramente la jerarquía de planes impuesta por el LSCM( artículo 34), y en casos similares el ayuntamiento demandado siempre acudió a la modificación del PGOU. Aparte de la arriba citada resolución de 1 de agosto de 2007, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOUM, también antes se dictaron:

- La resolución de 5 de mayo de 2005, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública la Orden por la que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid relativa al régimen de uso terciario en la Norma Zonal 1

- La resolución de 7 de febrero de 2002, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se hace pública Orden relativa a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, en el ámbito del API 21.13 "Centro Integrado de Barajas", en la avenida General y calles Nuestra Señora de Araceli, Los Feriantes y Ayerbe, promovido por el Ayuntamiento de Madrid (BOCM nº 41, de 18 de febrero) que consistía en ampliar el régimen de usos establecido por el Plan General de 1985 y el Estudio de Detalle, y asumido en su integridad por el PGOUM-97, sobre el ámbito de la parcela A de dicho Estudio de Detalle. Exactamente, se proponía permitir además del uso comercial, la implantación en régimen de edificio exclusivo, de cualquier uso de Servicios Terciarios de los contemplados en el artículo 7.6.1 de las Normas Urbanísticas del Plan General.



.- La resolución de 29 de abril de 2004, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública Orden relativa a la aprobación definitiva de la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, consistente en la regulación de usos compatibles en el área de planeamiento específico APE 05.09 "Colonia Ciudad Jardín-Alfonso XIII-Municipal" (BOCM nº 122, de 24 de mayo). La Modificación pretendía ajustar la normativa urbanística relativa a los usos compatibles de los edificios regulados por la configuración de usos "CE", y que está asignada a las áreas y fincas remitidas a la norma zonal 3, grado 1, del APE 05.09 "Colonia Ciudad Jardín-Alfonso XIII-Municipal", a la normativa general contemplada para estos usos en la misma norma zonal de otras áreas de la ciudad.

.- La resolución de 29 de enero de 2007, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por la que se hace pública la Orden 30/2007, por la que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa a la implantación del uso terciario en su clase de comercial como uso complementario en los ejes terciarios definidos en el Plan General (BOCM nº 58, de 13 de febrero).

Esta no idoneidad de dicho instrumento de desarrollo se razona ampliamente en el voto también particular formulado por los firmantes del presente en las sentencias dictadas en los recursos formulados contra la aprobación definitiva de tal instrumento (procedimientos ordinarios 674/19, 675/19, 677/19, 772/19, 775/19, 776/19, 777/19, 782/19, 788/19, 791/19 y 1236/19).

En definitiva, por lo expuesto y también en disidencia con el voto mayoritario, se ha de concluir que el último acto administrativo recurrido igualmente es contrario a derecho y por ello se ha de anular ( artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). Ello sin necesidad de entrar a valorar ya los motivos de impugnación de inexistencia de razón imperiosa de interés general concurrente, y de vulneración de los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 5 LGUM.

Por todos los razonamientos expuestos, consideramos que el fallo de la sentencia hubiera sido el de, rechazando las alegaciones previas de inadmisibilidad del recurso por causas de extemporaneidad y ausencia de resolución administrativa susceptible de impugnación opuestas por el Ayuntamiento de Madrid, se debería, con estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), anular por no ser conformes a derecho las tres resoluciones administrativas recurridas y arriba reseñadas; sin expresa imposición de costas.

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA